

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Libertà di circolazione dei “documenti pubblici” in Europa: “autenticità” e “valore probatorio ufficiale” secondo una recente Proposta di Regolamento

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1563540> since 2016-05-30T15:52:23Z

Publisher:

ESI

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

BARBARA PASA¹

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI “DOCUMENTI PUBBLICI”
IN EUROPA: “AUTENTICITÀ”
E “VALORE PROBATORIO UFFICIALE”
SECONDO UNA RECENTE PROPOSTA DI REGOLAMENTO

SOMMARIO: 1. La Proposta di Regolamento COM (2013) 228 sulla circolazione di alcuni “documenti pubblici”. – 2. L’“autenticità” dei documenti pubblici secondo la Proposta di Regolamento. – 2.1. Elaborazione giurisprudenziale europea del concetto di “autenticità”. – 2.2. “Autenticità” e documento pubblico nella tradizione continentale europea. – 3. Gli obiettivi rivelati e quelli cripici (o taciuti) della Proposta di Regolamento: il “valore probatorio ufficiale” dei documenti pubblici europei. – 3.1. Assenza di definizione. – 3.2. Questioni aperte: l’efficacia probatoria del documento pubblico europeo. – 4. L’ambito soggettivo della Proposta di Regolamento e il notariato latino. – 5. La mancanza di moduli *standard* relativi ai beni immobili. – 5.1. Sistema di trasmissione dei beni immobili nel *common law* inglese. – 5.2. Sistemi di trasmissione dei beni immobili in *civil law*. – 5.3. Catasto. – 5.4. Possibilità di equivalenza funzionale?

1. *La Proposta di Regolamento COM (2013) 228 sulla circolazione di alcuni “documenti pubblici”*

Queste riflessioni si collocano nell’ambito del cd. Diritto privato europeo e dei suoi più recenti sviluppi. È noto che le misure di armonizzazione minima stanno cedendo il passo ad interventi di armonizzazione massima, se non di uniformazione, suscitando vivaci dibattiti *a)* sulle scelte di politica del diritto sottese, e *b)* sull’effettiva competenza dell’Unione a normare settori e a definire concetti giuridici tradizionalmente riconosciuti in capo agli Stati, come nel caso della Proposta di Regolamento CESL².

Uno dei più recenti strumenti di uniformazione che potrebbe avere ricadute rilevanti anche sul diritto privato degli Stati Membri è la Proposta

¹ Questo saggio sviluppa alcune idee già contenute in PASA, B., *La propuesta de Reglamento sobre libre circulación de los ‘documentos públicos’ en la Unión Europea y el notariado latino*, in M. Font i Mas (Dir.): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documentopúblico*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, 151-181.

Il presente scritto è dedicato a Diego Corapi, studioso attento alla riflessione intorno ai temi delle libertà economiche e dell’autonomia privata rispetto all’intervento dello Stato e delle istituzioni europee.

² CESL è l’acronimo inglese di *Common European Sales Law*, nota come Proposta di Regolamento che disciplina la vendita comune europea, COM (2011) 635 def.

di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione e che modifica il Regolamento (UE) n. 1024/2012*³.

La promozione della libera circolazione dei documenti pubblici è incardinata nelle principali libertà riconosciute dai Trattati. La Proposta pretende, in particolare, di raggiungere il duplice obiettivo:

a) di potenziare l'esercizio del diritto di libera circolazione dei *cittadini europei*, rafforzandone il diritto ad essere trattati come cittadini dello Stato Membro di residenza, di lavoro o di studio di cui trattasi⁴; e

b) di facilitare il diritto di stabilimento e di tutela dei servizi nel mercato interno da parte delle *imprese europee* (soprattutto delle Piccole e Medie Imprese, che sostengono in larga misura l'economia europea)⁵.

Gli Stati Membri⁶ hanno riconosciuto che le istituzioni europee⁷ sono competenti a normare in questo settore.

³ Bruxelles, 24.4.2013, COM(2013) 228 def.

⁴ Documento di lavoro dei servizi della Commissione noto come "Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di regolamento che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione Europea e che modifica il Regolamento (UE) n. 1024/2012 /SWD/2013/0145 finale."

⁵ Ciò alla luce di diversi strumenti di *soft law*, dal Programma di Stoccolma del 2009 *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, GUUE C 115 del 4.5.2010, sino al *Piano d'azione della Commissione sul diritto europeo delle società e sul governo societario*, COM(2012) 740 def., al noto *Piano d'azione Imprenditorialità 2020*, COM(2012) 795 def.

⁶ Per lo Stato italiano, v. scheda di valutazione n. 26/2013 del 10.06.2013, del *Servizio affari istituzionali dell'Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea*, a sostegno del parere favorevole del Senato: http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/dossier/file_internets/000/000/102/Scheda_di_valutazione_COM_2013_228.pdf. In particolare, secondo il Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, la Proposta incide sull'organizzazione dei Comuni, titolari della competenza ad emettere i documenti in oggetto e a riscontrarne l'autenticità e con essi si deve raccordare. Per quanto riguarda l'impatto generale sull'ordinamento nazionale, la Proposta incide, restringendone l'ambito di applicazione, sulla legislazione in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, artt. 3 e 33), sull'ordinamento dello stato civile (D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, artt. 21 e 22), sull'applicazione delle disposizioni del diritto internazionale pattizio della Convenzione dell'Aia del 1961, riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, sull'applicazione della Convenzione di Atene del 1977, sulla dispensa dalla legalizzazione di alcuni documenti e atti, sulla Convenzione di Bruxelles del 1987, relativa alla soppressione della legalizzazione di atti negli Stati membri delle Comunità europee. Per lo Stato spagnolo, v. *l'Informe 28/2013 de la Comisión mixta de las Cortes Generales para la Unión europea, de 18 de junio de 2013, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de reglamento* reperibile all'indirizzo internet www.ipex.eu, la piattaforma on-line allestita da tutti i Parlamenti europei per lo scambio di documentazione relativa alle questioni europee.

Questo saggio avrà cura di evidenziare le ricadute concrete che potrebbero avere talune questioni concettuali sollevate dalla Proposta, tenendo conto che essa ha ad oggetto più precisamente l'accettazione di documenti pubblici concernenti nascita, decesso, nome, matrimonio, unione registrata, filiazione, adozione, residenza, cittadinanza o nazionalità, patrimonio immobiliare, status giuridico di una società o altra impresa, diritti di proprietà intellettuale e assenza di precedenti penali (art. 1, Proposta Reg.).

I documenti pubblici individuati dovrebbero essere solo i primi di una lunga serie di documenti da sottoporre a procedura di semplificazione, per migliorare la mobilità all'interno dell'Unione, le attività transfrontaliere e il funzionamento del mercato interno: così rileva il CESE (Comitato Economico e Sociale Europeo) nel suo parere del 2014⁸, riferendosi, oltre a quelli previsti dall'attuale Proposta, anche ai certificati di accreditamento dell'istruzione nazionale e alle attestazioni del regime di previdenza sociale, a quelli connessi alla mobilità dei lavoratori all'interno dell'UE e a quelli riguardanti i portatori di handicap. Recependo il parere del CESE, la Commissione giuridica JURI del Parlamento europeo ha ritenuto opportuno emendare la Proposta, trattando in termini più generali il tema dei documenti relativi ai vari *“fatti giuridici e allo status giuridico di persone fisiche e giuridiche, con l'esclusione di quelli che contengono un accordo tra due o più parti”*⁹.

In attesa che l'iter di approvazione della Proposta di Regolamento giunga a conclusione e, dunque, di leggere la sua definitiva formulazione, vediamo struttura e contenuti.

La Proposta, perseguendo un interesse di ordine pubblico generale, intende assicurare l'*“autenticità”* di alcuni *“documenti pubblici”* rilasciati da *“autorità pubbliche”* degli Stati Membri attraverso una riduzione concreta delle formalità amministrative, dei costi delle traduzioni certificate a carico dei cittadini e delle imprese, delle copie autenticate, nonché tramite

⁷ La Proposta si basa sull'art. 21(2) TFUE, per il quale il Parlamento europeo e il Consiglio hanno la facoltà di adottare disposizioni che facilitano l'esercizio dei diritti e delle libertà (di circolazione e di residenza) dei cittadini europei nel territorio degli Stati Membri. La disposizione si coordina con l'art. 114 (1) TFUE, per il quale le istituzioni europee hanno la facoltà di adottare norme sul ravvicinamento delle disposizioni che abbiano ad oggetto il funzionamento del mercato interno. Gli ostacoli amministrativi all'utilizzo ed accettazione transfrontaliera dei documenti pubblici incidono direttamente sul pieno esercizio, da parte delle imprese, delle libertà del mercato interno descritte nell'art. 26(2) TFUE, ai sensi dell'art. 114(1) TFUE.

⁸ Cfr. il parere del CESE in merito alla Proposta oggetto della nostra analisi, COM(2013) 228 final – 2013/119 (COD), C 327/52, 12.11.2013. Il parere è stato accolto dalla Commissione JURI (Affari Giuridici) del Parlamento europeo, 2013/0119(COD), 10.01.2014, e in prima lettura del Parlamento europeo il 4.2.2014, P7_TA-PROV(2014)0054, disponibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/>.

⁹ V. Emendamenti nn. 2 e 3 della Commissione JURI (Affari Giuridici) del Parlamento europeo e la proposta del Parlamento europeo, cit. nota precedente, disponibili all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/>.

l'esenzione dalla legalizzazione o da formalità analoghe¹⁰, come l'aggiunta del certificato previsto dalla Convenzione dell'Aia del 1961 che abolisce l'obbligo della legalizzazione degli atti pubblici stranieri (art. 1, e artt. 4-6, Proposta Reg.).

Gli ambiti di applicazione, oggettivo e soggettivo, sono, pertanto, chiaramente enunciati nel testo della Proposta. Tuttavia, gli elementi costitutivi della nozione europea di "*documento pubblico*" paiono d'incerta interpretazione. Ci si chiede se con "*pubblico*" si voglia far riferimento all'organo che lo ha redatto, ossia un'"*autorità pubblica*" (pertanto, anche un'entità autorizzata in virtù di un atto o una decisione amministrativa a esercitare funzioni pubbliche, con l'esclusione dei documenti redatti da privati¹¹); oppure se con l'aggettivo "*pubblico*", posto in relazione con quello di "*autenticità*", si intenda far riferimento a taluni aspetti formali e contenutistici del documento in sé idoneo a fornire una prova "qualificata" di fatti attestati da un'autorità pubblica, e che si presume valido entro i limiti e le procedure di "contestazione" stabilite dai rispettivi ordinamenti¹².

Il *Libro Verde* del 2010¹³ s'interrogava sulla questione del riconoscimento degli "*effetti*" dei documenti pubblici negli Stati membri, *in primis* quelli probatori, ma la Proposta ha incisivamente limitato il proprio obiettivo, abbandonando l'idea della loro piena armonizzazione.

Proprio per questo l'analisi richiede una particolare attenzione.

La Proposta non dovrebbe, semplicemente, costituire l'ultima misura di uniformazione che si aggiunge, in maniera disordinata, a molti altri strumenti che compongono il frammentato quadro giuridico europeo sulla circolazione dei documenti pubblici, stragiudiziali e giudiziali, negli Stati Membri. Dovrebbe piuttosto rappresentare il decisivo passo verso il ripensamento generale della nozione europea di "*documento pubblico*", reso ancor più necessario dalla dematerializzazione e dalla nuova documentalità elettronica dell'epoca attuale.

Le riflessioni che seguono sono, dunque, dedicate al significato da attribuire all'*autenticità* dei documenti pubblici secondo la prospettiva europea¹⁴ (par. 2), al loro *valore probatorio ufficiale* (par. 3), alle *autorità pubbli-*

¹⁰ Anche perché, secondo il CESE (cit. nota 8), con il sistema attuale, il 99 % degli 1,4 milioni di postille presentate per le attività all'interno dell'UE non solleva questioni di sorta.

¹¹ Così si esprime la Proposta cit. nota 3, alla p. 6, punto 1.3.1, e al *considerando* (5).

¹² Se, in altre parole, l'asse portante della definizione sia documento pubblico + autorità pubblica, oppure documento pubblico + autenticità, o infine documento pubblico + autorità pubblica + autenticità.

¹³ La Proposta non affronta la questione degli effetti di questi documenti, ben descritta nella seconda parte del Libro Verde del 2010 [COM(2010) 747 def., a p. 7]. Il principio dell'ordine pubblico è stato invocato da più parti per bloccare l'armonizzazione, anche se questo non sembra accettabile in previsione di una cooperazione rafforzata tra autorità nazionali. Taluni dubbi sul punto saranno messi in luce *infra* par. 3, questo saggio.

¹⁴ Di risposta alla consultazione relativa al Libro Verde sulla revisione del Regolamento n. 44/2001, il Consiglio dei Notai dell'UE ha sottolineato che l'atto autentico è (e rimane)

che preposte alla loro redazione (par. 4), per concludere con alcune questioni che la Proposta di Regolamento non sembra adeguatamente considerare (par. 5).

2. L’“autenticità” dei documenti pubblici secondo la Proposta di Regolamento

La Proposta stabilisce la dispensa dalla legalizzazione o da formalità analoghe (come la postilla, Convenzione dell’Aia, 1961)¹⁵ richieste per accertare “l’autenticità”¹⁶ dei documenti pubblici”, al fine di poterli utilizzare al di fuori dello Stato Membro in cui sono stati rilasciati. Essa stabilisce altresì la semplificazione di altre formalità (requisiti di certificazione per le copie e le traduzioni) richieste per “l’autenticazione”¹⁷ e che si basano su fonti giuridiche eterogenee, quali sono le legislazioni nazionali e le Convenzioni internazionali ratificate da un numero variabile di Stati¹⁸.

Per raggiungere un’efficace prevenzione della frode e della falsificazione dei documenti pubblici, l’obiettivo è, dunque, quello di ridurre, o addirittura eliminare, i requisiti necessari per determinarne l’autenticità, al fine di poterli utilizzare nelle operazioni transfrontaliere europee.

Con i termini giuridici autenticità e autenticazione, la Proposta vuole riferirsi, in particolare:

- a) alla veridicità della firma,
- b) alla qualità nella quale ha agito il firmatario del documento,
- c) all’identità del bollo o del timbro¹⁹.

Secondo l’art. 7, Proposta Reg., le autorità di uno Stato Membro nel quale sia presentato un documento pubblico (o la sua copia autentica) possono ragionevolmente dubitare²⁰ della sua autenticità: se il “dubbio fonda-

l’attività principale e il punto di forza della professione notarile e “a vector to strengthen the tangible nature for European citizens of the construction of the area of justice, freedom and security”: così la *Response from the European notaries to the Green Paper on the revision of the Brussels I Regulation*, Bruxelles, 10.07.2009, on line <http://www.notaries-of-europe.eu>.

¹⁵ Art. 3(4), Proposta cit.

¹⁶ Il termine *autenticità* ricorre a p. 4 della Relazione introduttiva della Proposta, nei considerando (3), (12) (23) e negli artt. 3(3), 7(1), 7(2) lett. a), 7(6), e 19, Proposta cit. Sulla nozione di autenticità si veda lo studio del Parlamento europeo on-line: EP Study, No. IP/C/JURI/IC/2008-019, *A comparative study on authentic instruments (or authentic acts) by the Council of the Notaries of the European Union (CNUE), with special focus on their mutual recognition and enforcement within selected EU Member States (England, France, Germany, Poland, Romania, Sweden)*.

¹⁷ Relazione introduttiva, pp. 2 e 3, considerando (4), e art. 5(2), Proposta cit.

¹⁸ Art. 1, Proposta cit.

¹⁹ Relazione introduttiva, p. 4, e art. 3(3), Proposta cit.

²⁰ Testualmente l’art. 7, Proposta Reg., esige il *dubbio fondato* circa l’autenticità del documento pubblico o della sua copia autenticata: la “ragionevolezza oggettiva” della richiesta dovrebbe essere il criterio implicito che guida le autorità in questi casi. Per evitare il continuo ricorso a richieste di informazioni da parte delle autorità dello Stato Membro in cui è

to” non può essere acclarato per altre vie, le autorità riceventi potranno presentare una richiesta di informazioni alle competenti autorità dello Stato Membro che ha rilasciato il documento, mediante il Sistema di Informazione del Mercato Interno²¹, contemplato nell’art. 8, Proposta Reg.

2.1. Elaborazione giurisprudenziale europea del concetto di “autenticità”

Una prima riflessione riguarda il “*documento pubblico*” come nozione autonoma incardinata nel concetto europeo di “autenticità”.

Il diritto secondario (o derivato) dell’UE prevede disposizioni normative che rendono effettive le libertà fondamentali riconosciute dalle fonti primarie convenzionali, ossia dal Trattato sull’Unione Europea (TUE), quello sul Funzionamento (TFUE) e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE. Dall’interpretazione di alcune di queste fonti, la Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) ha ricavato la nozione europea di *autenticità* posta a fondamento della tassonomia giuridica europea relativa ai documenti pubblici. Vediamo le tappe fondamentali del *judicial activism* della Corte.

La Convenzione di Bruxelles del 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, fu oggetto della nota pronuncia *Unibank*²², da cui si ricavò la prima nozio-

presentato il documento, la Commissione JURI del Parlamento europeo (cit. nota 8) ha proposto di inserire alcuni Emendamenti alla Proposta, i nn. 19 e 20, affinché il *dubbio fondato sia basato su un esame approfondito e obiettivo* circa l’autenticità del documento: cfr. gli emendamenti all’indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/>.

²¹ Secondo il Regolamento (UE) n. 1024/2012, che ha introdotto il Sistema di Informazione del Mercato Interno («IMI»), questo “è un’applicazione software accessibile tramite internet, sviluppata dalla Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, al fine di assistere gli Stati membri nell’attuazione concreta dei requisiti relativi allo scambio di informazioni stabiliti in atti dell’Unione fornendo un meccanismo di comunicazione centralizzato che faciliti lo scambio di informazioni transfrontaliero e la mutua assistenza. In particolare, l’IMI aiuta le autorità competenti a individuare le loro omologhe in un altro Stato membro, a gestire lo scambio di informazioni, fra cui dati personali, sulla base di procedure semplici e unificate, nonché a superare le barriere linguistiche sulla base di procedure predefinite e pre-tradotte.” Cfr. *Considerando* (2).

²² Si veda l’interpretazione dell’art. 50, Convenzione Bruxelles 1968, data con sentenza della CGUE del 17.06.1999, caso C-260/97, Racc. 1999, p. I-3715. La domanda fu proposta da una banca danese che voleva utilizzare in Germania, ai sensi dell’art. 50 Conv. Bruxelles, con effetto esecutivo, tre titoli firmati dal debitore in presenza di un impiegato della banca stessa. La Corte rifiutò di applicare la Convenzione (successivamente divenuto art. 57, Reg. 44/2001) a questa categoria documentale. La sentenza è stata ampiamente commentata: fra gli altri, J. FLEISCHHAUER, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1999, 925-931; A. BARONE, *Il Foro italiano*, 1999, IV, 513-515; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado*, in *Revista española de Derecho Internacional*, 1999, 729-732; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, 260-261; A. HUET, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, in *Journal du droit international*, 2000, 539-540; GEORGES

ne europea di documento pubblico. Nella sentenza *Unibank* del 1999, l'Avvocato Generale Antonio La Pergola, facendo buon uso della “Relazione Jenard-Möller” relativa alla Convenzione di Lugano sulla stessa materia, sostenne che il documento pubblico è solamente quello che è stato perfezionato con l'intervento dell'autorità pubblica incaricata di attestare l'“autenticità” del documento; e che, precisamente, attestare l'“autenticità” significa conferire al documento certezza sia rispetto agli elementi estrinseci (data e firma), sia rispetto agli elementi intrinseci (contenuto). Il procedimento appropriato per attestare tale “autenticità” riguarda tanto il contenuto, quanto la forma, tali da conferire certezza al documento. L'atto dell'autenticare, passa, dunque, in secondo piano rispetto al procedimento per attestare l'autenticità, il quale implica una formalizzazione del documento tramite un processo di redazione che prevede la partecipazione della/e parte/i interessate e della persona incaricata dallo Stato di conferirgli il carattere di “autenticità”. È il risultato dell'esercizio della funzione pubblica svolta dalle autorità pubbliche: organi dell'amministrazione, oppure singoli professionisti investiti di una funzione pubblica, come i notai. Di fatto, le scritture notarili, secondo l'AG La Pergola, sono i documenti autentici (e, pertanto, pubblici) per eccellenza in vari ambiti del Diritto, oltre che in molti sistemi europei, perché richiedono il duplice requisito: *a)* della provenienza da un'autorità pubblica, e *b)* del procedimento per attestarne l'autenticità cui l'ordinamento ricollega effetti probatori ed esecutivi, “cosicché il giudice dello Stato di cui trattasi possa farvi affidamento”. L'enucleazione della definizione europea di “autenticità” dell'AG La Pergola, sebbene in parte tautologica (sono documenti autentici perché richiedono un procedimento per l'attestazione dell'autenticità da parte di una pubblica autorità), non si discosta molto dal concetto sviluppato nei sistemi giuridici di *civil law* e accolto nelle codificazioni civili moderne e nelle leggi notarili: il documento autentico, in ragione della persona del suo autore e delle formalità previste *ex lege*, è quel documento cui l'ordinamento attribuisce pubblica fede, del quale in giudizio si presume l'autenticità corporale, ideologica e dell'autore (*visu et auditu*). Concetto che va tenuto distinto da quello inglese e nordamericano di *authenticity*: in questi sistemi, l'autenticità non è una qualità necessaria, intrinseca, del documento pubblico, ma riguarda solo l'ambito probatorio (*documentary evidence*). Così, il documento, sia pubblico sia privato, è ammesso in giudizio se genuino, veritiero, “non falsificato”, ossia se esso è ciò che la parte che

A.L. DROZ, *Revue critique de droit international privé*, 2000, 250-253. Per un commento recente cfr. J. M. GÓMEZ RIESCO TABERNERO DE PAZ, *Función notarial, cláusula de nacionalidad y libre establecimiento (comentario a las sentencias del TJUE en los asuntos C-47/08 Comisión/Bélgica, C-50/08 Comisión/Francia, C-51/08 Comisión/Luxemburgo, C-53/08 Comisión/Austria, C-54/08 Comisión/Alemania y C-61/08 Comisión/Grecia)*, in *Revista General de Derecho Europeo* (25) 2011, 1-22, a 9.

lo produce pretende che sia²³. Una nozione che riguarda, dunque, anche i *private documents*²⁴ come quelli redatti dal *notary public*²⁵.

Il Regolamento n. 1348/2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, fu oggetto della seconda importante sentenza della CGUE che qui interessa. Il Regolamento all'art. 16 non conteneva²⁶ alcuna definizione di "atto extragiudiziale". Nella sentenza *Roda Golf* del 2009²⁷ la CGUE dichiarò che l'"atto extragiudiziale", come documento prodotto al

²³ Cfr. oltreoceano le *Federal Rules of Evidence*, Rule 901, disponibili anche on line all'indirizzo http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_901, con commenti della dottrina.

²⁴ Il documento ufficiale, chiamato *official record*, è il documento originale, dotato di sigillo del pubblico ufficiale e legalmente riconosciuto come attestante un fatto; è considerato "public" nel significato di accessibile direttamente al pubblico, reso pubblico (tra questi, rilevano i *land records*, *marriage records*, *surveys*, *real estate excise tax affidavits*, etc.). Tutti gli altri sono *private document*, compresi quelli redatti dal *notary public*.

²⁵ Sul *notary public* (o *public notary*) in *common law*, negli studi di comparazione più recenti, si veda quello relativo al sistema instaurato negli Stati della Louisiana, Florida, ed Alabama in cui il diritto è d'impronta romanistica, in comparazione con i sistemi di *civil law*: R. ALEXANDER, *La figura del notariato en los sistemas de civil law y common law*, 2012, Colección Notariado Hoy, trad. M. Anderson. Sugli *Scriveners* ed i *London Notaries* (eredi degli *Scriveners* e della tradizione continentale del notariato a Londra) in comparazione con il *notary public* degli Stati Uniti sia concesso il rinvio a B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Jovene, Napoli, 2008, 192 ss. e 197 ss.

Gli studi comparativi degli autori spagnoli, in cui il cd. Notariato latino ha salde radici, risalgono agli anni '80: si veda la *Revista de Derecho Notarial*, che raccolse le relazioni della delegazione spagnola al Congresso Internazionale del Notariato Latino: V. Font Boix, V. Simo Sananjan, A. De la Esperanza Martinez-Radio, J. Madridejos Sarasola (1982).

²⁶ Il Regolamento è stato sostituito dal Regolamento n. 1393/2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale (notificazione o comunicazione degli atti), che abroga il Regolamento n. 1348/2000 (GU L 324, pag. 79). Il Regolamento ha istituito la cd. Rete Giudiziale Europea in materia civile e commerciale.

²⁷ Sentenza CGUE del 25.06.2009, *Roda Golf & Beach Resort SL*, C-14/08, Racc. 2009, I-05439. Il litigio da cui originò il rinvio pregiudiziale si riferiva ad un documento notarile. La società di diritto spagnolo, *Roda Golf & Beach Resort SL*, redigeva, dinanzi ad un notaio di Murcia (Spagna), un atto volto a far trasmettere, conformemente al Regolamento sulla notificazione e comunicazione, sedici lettere indirizzate a destinatari residenti nel Regno Unito e in Irlanda, tramite la cancelleria del *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción* del luogo. Tali lettere contenevano la risoluzione unilaterale di alcuni contratti di compravendita immobiliare conclusi tra la società Roda Golf e i destinatari medesimi. Dal loro contenuto non emergeva alcun nesso con un procedimento giudiziario pendente. Così la Cancelleria di Murcia si rifiutò di procedere alla trasmissione degli atti alle competenti autorità del Regno Unito e dell'Irlanda, sulla base del rilievo che la notificazione non sarebbe avvenuta nell'ambito di un procedimento giudiziario e, pertanto, non ricadeva nella sfera di applicazione del Regolamento sulla notificazione e comunicazione. La sentenza in questo caso chiarì che i documenti notarili occupano un posto di rilievo tra i documenti extragiudiziali, ma senza argomentare nel dettaglio e giungere alle conclusioni suggerite dall'Avvocato Generale.

di fuori di un procedimento giudiziale, è nozione autonoma di diritto comunitario²⁸. In particolare, l'Avvocato Generale Damasco Ruiz-Jarabo Colomer identificò tre tratti caratteristici che definiscono l'atto extragiudiziale, il quale in questo caso specifico era un documento notarile:

- a) che si tratti di documenti nella cui formazione interviene una autorità pubblica "altra" rispetto agli organi giurisdizionali dello Stato emittente, nell'esercizio di funzioni pubbliche;
- b) che si tratti di documenti che producono effetti giuridici specifici per il fatto di richiedere una certa forma;
- c) che siano idonei a sostenere una pretesa in un eventuale processo dinnanzi all'autorità giudiziale (funzione probatoria).

Infine, con la terza sentenza che qui interessa, quella del 2011²⁹, la Corte europea doveva decidere se il notaio eserciti una funzione vincolata

²⁸ La sentenza ha avuto grande risonanza. Tra i principali commenti v. B. SUJECKI, *Zustellung einer notariellen Urkunde außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009 585-586; R. CONTI, R. FOGLIA, *Notificazione e comunicazione di atti extragiudiziali*, in *Il Corriere giuridico*, 2009, 1127-1129; L. IDOT, *Inclusion des actes notariés*, in *Europe*, 2009 Août-Septembre, Comm. n° 344 46-47; A. LEANDRO, *Il buon funzionamento del mercato interno va tutelato anche al di fuori del giudizio*, in *Guida al Diritto*, 2009 n° 31, pp. 108-110; I. BAMBUST, *Le règlement et l'oxymoron de l'acte extrajudiciaire judiciaire soutenu par un greffier espagnol*, in *Journal des tribunaux*, 2009, 654-655; N. MARCHAL ESCALONA, *Quid de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2009: Roda Golf & Beach Resort)*, in *Diario La ley* 2009, n° 7273, 1-6; P. PORRECA, *Disciplina comunitaria delle notifiche: il diritto al rifiuto dell'atto notificato senza traduzione degli allegati*, in *Foro it.*, 2010, IV, pp. 104-106; J. RODRÍGUEZ MASEDA, *Jurisprudencia en materia de derecho internacional privado*, in *Revista española de Derecho Internacional*, 2010, 511-514; ID., *Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial. (A propósito de la STJCE de 25 de junio de 2009, As. Roda Golf & Beach Resort SL)*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2010, n° 309, 141-156.

²⁹ Sentenza CGUE (Grande Sezione) del 24.05.2011, C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-52/08, C-53/08, C-54/08, e C-61/08, rispettivamente in Racc. 2011, p. I-4105, p. I-4195, p. I-4231, p. I-4275, p. I-4309, p. I-4355 e p. I-4399. La Corte ha deciso i ricorsi per inadempimento interposti nel 2008 dalla Commissione europea (sostenuta da Regno Unito e Irlanda del Nord) in base all'art. 226 TCE (ora art. 258 TFUE), contro Austria, Portogallo, Germania, Lussemburgo, Francia, Belgio e Grecia, sostenute da quasi tutti gli altri Stati Membri non oggetto di ricorsi per inadempimento (cioè Slovenia, Repubblica ceca, Slovacchia, Lituania, Lettonia, Polonia, Ungheria), per la mancata trasposizione della *Direttiva 89/48/CEE relativa al sistema di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore, che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni*, per aver previsto un requisito di cittadinanza per l'accesso alla professione di notaio. La CGUE ha concluso che gli Stati Membri UE non possono imporre al cittadino di altri Stati UE il requisito della nazionalità per accedere alla professione notarile. La decisione ha escluso che il notaio eserciti una funzione vincolata con l'esercizio di pubblici poteri, agli effetti del vecchio art. 45 (1) TCE (ora art. 51 TFUE). Cfr. J. M. GÓMEZ RIESCO TABERNERO DE PAZ, *cit.*, a 2 ss. V. *infra* questo saggio, par. 4.

“all’esercizio di pubblici poteri”, ai sensi dell’(allora) art. 45 (1) TCE [ora art. 51(1) TFUE]. L’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón sostenne che la scrittura notarile adempie i requisiti per essere considerata “documento pubblico” poiché il notaio compie, a richiesta di parte, o comunque *ex lege*, l’esame di legalità dell’atto cui attribuisce “pubblica fede” (in caso contrario, il notaio non dovrebbe redigere il documento). Il “controllo di legalità” è, nelle parole dell’AG Pedro Cruz Villalón, la caratteristica principale dell’attività notarile: il controllo segue rigide regole di forma che ciascun sistema nazionale stabilisce. Il notaio è obbligato a informare le parti della portata e degli effetti dell’atto, ad assicurare che le parti dichiarino liberamente il loro consenso, con pienezza di capacità di intendere e di volere. Il notaio è l’intermediario di un rituale di approvazione e di dichiarazione: è chi traduce la volontà delle parti in volontà del sistema giuridico, modellando il fatto di modo che provochi gli effetti giuridici desiderati, sino a che il fatto sia “giusto”, ossia compatibile con gli “interessi della collettività”. Il notaio, autore del documento pubblico, converte il fatto naturale in “fatto giuridico”. Appare chiaro che l’AG Pedro Cruz Villalón raccoglie, nelle sue argomentazioni, l’essenza del modello francese di notariato, imitato in molti paesi anche al di fuori dell’Unione Europea (cd. Notariato latino), e comune a tutti gli 8 Stati Membri coinvolti nei procedimenti decisi con sentenza CGUE del 25 maggio 2011 (Germania, Austria, Belgio, Grecia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo e Francia).

Anche altre norme secondarie del diritto europeo, pur non essendo state chiarite nella loro portata applicativa dall’intervento della Corte di Giustizia per mezzo di rinvii pregiudiziali o ricorsi per inadempimento, confermano la decisiva importanza dell’*“autenticità”* quale requisito del documento pubblico europeo sul piano definitorio: in particolare, il noto Regolamento n. 44/2001, detto Bruxelles I³⁰, il Regolamento n. 2201/2003, Bruxelles II (materia matrimoniale e responsabilità genitoriale)³¹, il Regolamento n. 805/2004 (titolo esecutivo europeo per crediti non impugnati)³²,

³⁰ Il 12.12.2012 fu adottato il Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo alla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, cd. Regolamento Bruxelles I (rifusione del Reg. 44/2001), che entrerà in vigore il 10.01.2015 (GUUE, L 351/1). All’art. 2, lett. c) contiene la definizione di documento pubblico fondata sulla nozione di autenticità qui riferita alla firma, al contenuto dello strumento, e all’autorità pubblica o altra autorità abilitata ad redigerlo.

³¹ Qui l’autenticità è un requisito del documento pubblico, ma non è definita: v. art. 37(1) a) e 45(1) lett. a).

³² Il Regolamento in oggetto equipara alle decisioni giudiziarie, e a taluni atti amministrativi, gli atti pubblici caratterizzati da una “autenticità” che riguarda la firma e il contenuto e che sia stata attestata da un’autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo stato Membro di origine: v. art. 4(3) lett. a).

L’*acte authentique* non è, dunque, direttamente assimilabile alle sentenze. Esso sostiene l’esecuzione senza essere cosa giudicata. La scrittura privata autenticata da notaio o altro

il Regolamento n. 4/2009 (cooperazione in materia di obbligazioni alimentari)³³, sino al più recente Regolamento n. 650/2012 che introduce il certificato successorio europeo (in vigore dal 2015)³⁴.

Concretamente, quest'ultimo strumento normativo, al fine di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, e rivolgendosi in particolare a eredi, legatari, ed altre persone vicine al defunto, nonché ai creditori dell'eredità che devono essere garantiti in maniera efficace in tutta Europa, si basa su una nozione europea autonoma di *documento pubblico*.

Nel *considerando* (62) si legge, infatti, che: “L'autenticità dell'atto pubblico dovrebbe essere un concetto *autonomo* comprendente elementi quali la genuinità dell'atto, i presupposti formali dell'atto, i poteri dell'autorità che redige l'atto e la procedura secondo la quale l'atto è redatto. Dovrebbe comprendere altresì gli elementi fattuali registrati dall'autorità interessata nell'atto pubblico, quali il fatto che le parti indicate sono comparse davanti a tale autorità nella data indicata e che hanno reso le dichiarazioni indicate. La parte che intenda contestare l'autenticità di un atto pubblico dovrebbe farlo davanti all'organo giurisdizionale competente dello Stato membro di origine dell'atto pubblico secondo la legge di tale Stato membro”. Il certificato successorio europeo³⁵ dovrebbe, infatti, svolgere la stessa funzione nei diversi sistemi giuridici nazionali, ma continuando pur sempre a rispondere a procedure di emissione molto diverse³⁶: di qui la scelta del legi-

pubblico ufficiale, a maggior ragione, è difficilmente equiparabile a tali titoli esecutivi, in quanto la sua paternità rimane pur sempre in capo al soggetto privato autore del documento e della sottoscrizione (il notaio ha comunque l'obbligo di controllarne la legalità ai sensi dell'art. 28 L. 1913, n. 89). Ciò nonostante, la Legge 14 maggio 2005, n. 80 ha incluso, tra i titoli esecutivi stragiudiziali, anche la scrittura privata autenticata (modifica artt. 474 e 476 c.p.c.). L'efficacia esecutiva è stata limitata alle obbligazioni di somme di denaro contenute nella scrittura, e non si estende agli obblighi di fare e non fare e all'esecuzione per consegna o rilascio. Per un commento, v. G. PETRELLI, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, 5, 542 ss.; C. BRUNELLI, *Il nuovo Regolamento CE n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo*, Studio 04.10.08.31/UE, 8.10.2004, della Commissione affari europei e internazionali del Consiglio Nazionale Notariato.

³³ All'art. 2(1) n. 3 offre la stessa definizione di autenticità del Reg. 805/2004, cit. nota precedente.

³⁴ Regolamento n. 650/2012, del 27.7.2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (GUUE, L 201/107).

³⁵ L'espressione “certificato successorio europeo”, calco dall'inglese *European Certificate of Succession*, non è stata tradotta in tedesco, francese, italiano, etc., con un'espressione che denoti l'equivalente funzionale in ciascuno dei sistemi giuridici nazionali. La giustificazione è che lo strumento rappresenta il livello europeo di ciò che nel sistema tedesco è l'*Erbschein*, in Austria l'*Einantwortung der Verlassenschaft*, in Francia il *certificat d'héritier*, in Spagna il *certificado de últimas voluntades y seguros de vida contratado*, in Italia il *certificato di eredità*, etc..

³⁶ Ad esempio, l'autorità competente in Germania è l'*Amtsgericht-Nachlassgericht*, secondo il procedimento di *Nachlassverfahren* regolato nel BGB, e riferito alla residenza del

slatore europeo di utilizzare espressioni neutrali rispetto alle tradizioni giuridiche, quali *certificado sucesorio europeo*, *Europäischer Nachlasszeugnis*, *certificat successoral européen*, *certificato successorio europeo*, etc.. Il perno di queste formule dichiaratamente neutrali è una nozione europea di “autenticità” che, seppur radicata nei sistemi continentali, viene sollecitata a sganciarsi dall’orbita nazionale.

L’art. 3(1) lett. i) Reg. 650/2012 definisce l’“atto pubblico” come qualsiasi documento in materia di successioni che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico in uno Stato Membro, la cui “autenticità”: a) riguardi la firma e il contenuto dell’atto pubblico; nonché b) sia stata attestata da un’autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata dallo Stato membro di origine. L’art. 59(1) si sofferma sugli effetti, segnalando che l’atto pubblico redatto in uno Stato Membro ha, in un altro Stato Membro, la stessa efficacia probatoria che ha nello Stato Membro d’origine o produce gli effetti più comparabili, a condizione che ciò non sia manifestamente contrario all’ordine pubblico dello Stato Membro interessato. L’art. 59, ai commi (2) e (3), regola il procedimento di contestazione dell’autenticità affermando testualmente: “la contestazione può riguardare i negozi giuridici o i rapporti giuridici registrati nell’atto pubblico, ed è proposta davanti agli organi giurisdizionali dello Stato membro d’origine ed è decisa secondo la legge di tale Stato”. La norma aggiunge che l’atto pubblico contestato non avrà alcuna efficacia probatoria negli altri Stati Membri diversi dallo Stato Membro d’origine fino a quando la contestazione sia pendente davanti all’organo giurisdizionale competente.

Nonostante l’esplicita avvertenza del Reg. 650/2012, sin dal *considerando* (11) e poi ripetuta nell’art. 1, per cui esso “non dovrebbe (e si usa il condizionale) *applicarsi a settori del diritto civile diversi dalla successione*”, rimane il fatto che la definizione europea di documento pubblico³⁷ ivi enucleata costituisce un punto fermo ed un utile riferimento per l’interprete.

Tanto più che questa nozione è stata distillata dalla Corte di Giustizia nell’arco di vent’anni (*supra* par. 2.1), discutendo alcuni rinvii pregiudiziali che riguardavano, non a caso, l’attività notarile.

Va da sé che ciò non significa che gli attuali approdi della giurisprudenza europea siano condivisi da giudici e dottrina nazionali. Essi costitui-

defunto; in Austria è il *Bezirksgericht* che emette l’*Einantwortung der Verlassenschaft* in una procedura chiamata *Verlassenschaftsverfahren* (e regolata nell’ ABGB). Secondo M. BAJČIĆ, *Towards a Terminological Approach to Translating European Contract Law*, in B. Pasa & L. Morra, *Translating the DCFR and Drafting the CESL, A Pragmatic Perspective*, Munich, Sellier, 2014, 125-145: “such strategy recognizes the prominent position of the context in the cognitive-terminological sense. In short, the use of functional equivalents should be reassessed in light of the goal of legal translation in the EU context, which lies in achieving uniform application and interpretation of EU law.”

³⁷ La versione italiana, a differenza di altre versioni linguistiche, usa il termine *atto*, e non *documento*, sulla cui distinzione v. *infra* il par. 2.2.

scono un segnale forte circa il percorso intrapreso dalle istituzioni europee e lasciano intendere che la nuova Proposta potrebbe rischiare di più allo scopo di creare un meccanismo rafforzato di cooperazione tra le varie autorità pubbliche. Potrebbe, cioè, riguardare non solo la cooperazione fra giudici europei, ma anche quella fra autorità amministrative e pubblici ufficiali come, ad es., i “*registradores*” spagnoli e i “*conservatori*” italiani, incaricati di annotare, iscrivere o trascrivere a margine di pubblici Registri determinate vicende di particolare rilevanza sociale ed economica³⁸, ed altri attori giuridici di natura “*ibrida*”. Questi ultimi, in molti ordinamenti europei, sono, al contempo, funzionari pubblici (o pubblici ufficiali) e liberi professionisti: i notai³⁹. Se la Proposta in esame rinuncerà a perseguire

³⁸ In Europa non esiste uno schema registrale tanto complesso quanto quello spagnolo, che registra *tutto* ciò che attiene alla persona, al patrimonio e alle società (*Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Intelectual, de entidades aseguradoras, de mediadores de seguro*, etc. ..., cui si aggiungono i differenti registri delle Comunità Autonome, inclusi quelli municipali, delle coppie di fatto, etc. ...), impugnabile solo dinanzi ai tribunali. In sintesi v. SAGARDÍA NAVARRO M., *El documento notarial al servicio de la seguridad de las inversiones. En articular, su fiabilidad para la publicidad registral y su fuerza ejecutiva*, in *Revista Jurídica del Notariado*, Número extraordinario 11, 2010 dedicado a: 26° Congreso Internacional del Notariado Marrakech, Marruecos, 3-6 octubre de 2010, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010, 85-194.

Peraltro esiste un nuovo progetto di legge spagnolo di riforma dei Registri, volto alla semplificazione: *Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros* reperibile all'indirizzo <http://spjusogalicia.files.wordpress.com/2012/11/borrador-de-anteproyecto-de-ley-de-reforma-integral-de-los-registros.pdf>. Esso mira a predisporre un nuovo sistema dei Registri più flessibile ed efficiente, eliminando la peculiare situazione di “*giustiziabilità*” della funzione registrale civile spagnola. Altri sistemi di *civil law* hanno un insieme di Registri che si traducono in un modello simile, obbedendo all'interesse pubblico di garantire certezza e prevedibilità al traffico giuridico immobiliare, commerciale, e finanziario (ad es. l'Italia, *infra* questo saggio). Il “Registro” non è un mero archivio a carattere amministrativo, ma produce precisi effetti giuridici, che si distinguono, in relazione alla funzione svolta, principalmente in: *a*) effetti informativi (rendono conoscibili al pubblico certi fatti o vicende), *b*) effetti dichiarativi (rendono la circostanza, o la vicenda, opponibile ai terzi), *c*) effetti costitutivi (il diritto o il rapporto sorge grazie al sistema pubblicitario), *d*) effetti sananti (in quanto neutralizzano gli effetti invalidanti dei vizi di un atto, es. art. 2652 n. 6 CC it.), *e*) prenotativi (es. art. 2644 CC it. nel caso della trascrizione del preliminare). V. anche nota 117.

³⁹ A partire dalla legislazione francese, *Loi du 25 Ventose, an XI, organique du Notariat*, del 16 marzo 1803, voluta da Napoleone (e riprodotta fedelmente dalla Legge belga del 25 del Ventoso anno XI), alla *Ley Organica del Notariado Español* del 28 maggio 1862, seguita dal Regolamento notarile, del 2 giugno 1944 (modificato più volte, ma all'art. 1(2) mantiene il duplice carattere del notaio funzionario pubblico e professionista), alla *Notariatsordnung*, Legge organica del notariato austriaco del 25 luglio 1871, alla Legge notarile italiana del 1875, come riformata nel 1913 (e relativo Regolamento esecutivo). Nel corso del '900 la tendenza è stata quella di qualificare giuridicamente il notaio come pubblico ufficiale, lasciando cadere l'altro aspetto: si veda la *Bundesnotarordnung* tedesca del 24 febbraio 1961 (*BnotO*, § 1: una persona indipendente titolare di una funzione pubblica, *unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes*, abilitati alla documentazione autentica, *Beurkundung*, di atti e negozi giuridici e per altre funzioni nell'ambito della tutela preventiva, *vorsorgenden*

quest'obiettivo di più ampio respiro, la cooperazione fra autorità pubbliche sarà parziale e fallimentare rispetto ad un'effettiva tutela della libera circolazione dei cittadini europei e della libertà di stabilimento delle imprese.

2.2. "Autenticità" e documento pubblico nella tradizione continentale europea

Se quello sopra descritto è il contesto normativo e giurisprudenziale entro il quale si colloca l'attuale Proposta di Regolamento sulla circolazione dei documenti pubblici in Europa, appare chiaro che la questione riguarda, *in primis*, la mancata equivalenza funzionale fra la nozione europea di *autenticità* e quella radicata in molti Stati Membri appartenenti alla tradizione di *civil law*⁴⁰.

In altri termini, la nozione europea di *documento pubblico* non trova un suo esatto equivalente semantico nella nozione di *atto autentico* di derivazione francese.

L'utilizzo equivoco della locuzione "atto autentico" nel significato di "documento pubblico" risale alla tradizione giuridica continentale, e per la precisione all'epoca delle codificazioni di diritto civile che imitarono, seppure con gradi diversi di fedeltà, il modello francese. Il documento, nei codici civili ottocenteschi, coincide con il testo scritto. L'endiadi documento - testo scritto serve a descrivere la cd. "forma scritta", che nella tradizione continentale assume due vesti: quella del documento eterografo (documento pubblico, in cui il soggetto che compie l'attività di documentazione non coincide con il soggetto cui è intestato il documento) e quella del docu-

Rechtspflege); ma poi la *Beurkundungsgesetz* del 28 agosto 1969, regolando il documento pubblico e la funzione autenticatrice del notaio, ricorre ad entrambi gli aspetti per qualificare il notaio come "giurista esperto e pratico" (cfr. *BeurkG*, § 45). La natura ibrida si evince anche nell'organizzazione del notariato greco, disciplinata dalla legge 16 marzo 2000, 2830/2000 (FEK A' 96/16.3.2000: cd. Codice dei notai), che definisce il notaio come un "pubblico ufficiale non stipendiato" nel senso che non è retribuito dallo Stato, bensì dai suoi clienti (ad imitazione di quella olandese, che nella legge del 1975 usava la stessa espressione, funzionario non stipendiato). V. in sintesi P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario a la Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 19 de junio de 2012*, in *Diario La Ley*, N° 8/20, Sección Tribuna, 11 Feb. 2013, Año XXXIV, 191 ss. Sul tema, in comparazione con il *notary public* di *common law*, sia consentito ancora un rinvio a B. PASA, *La forma informativa cit.*, 158 ss.

⁴⁰ Dello stesso avviso sembra essere il CESE, che nel parere del 2014 (*supra cit.* nota 8), fra gli Emendamenti propone di modificare i *considerando* laddove utilizzano il termine "autenticità", da sostituire con "verifica della veridicità" del documento, proprio al fine di evitare confusione ingenerata dal fatto che (testuale) "in 23 Stati Membri la procedura di conferimento dell'autenticità notarile è speciale e complessa, prevista dalla legge, ed implica un controllo di legalità sui contenuti sotto la responsabilità del notaio, e ha un particolare valore probatorio."

mento autografo (documento privato, il soggetto che partecipa al fatto documentato coincide con colui che lo documenta).

Come è noto, il sistema francese codificò l'*acte authentique*: “celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises” (art. 1317 CC fr.). Altri sistemi seguirono quel modello: ad esempio, il sistema belga con l'identico art. 1317 CC, e quello italiano, con l'art. 2699 CC, relativo all'*atto pubblico*. E così l'atto si è “confuso” con il documento. Alcuni codici, invece, attinsero, oltre che al modello francese, anche alla dottrina pandettistica tedesca, meno incline a confondere l'atto con il documento⁴¹: è il caso del *Código* spagnolo (artt. 1216 CC. ss., *documento público*⁴²) e di quello portoghese (artt. 363 CC. ss., *documento autêntico*). Per intenderne appieno il significato è necessario, comunque, fare riferimento alla legislazione notarile⁴³.

La visione riduzionista, che consiste nella *reductio* dell'atto (autentico) al documento (pubblico)⁴⁴ è già stata criticata per varie ragioni: la dichiarazione è un atto, il documento è una cosa e andrebbero tenuti distinti⁴⁵. La documentazione, il *vestmentum* della dichiarazione, può assumere sia la

⁴¹ Il BGB tedesco distingue tra *Schriftform*, § 126 BGB, *Elektronische form*, § 126a, *Textform*, § 126b, e *autenticazione notarile*, di cui trattano i §§ 128 e 129 BGB. V. anche il § 17 *Beurkundungsgesetz*, e l'art. 20(1) del *Bundesnotarordnung*, cit. *supra* nota 39.

⁴² La relazione fra prova documentale e documento pubblico è stabilita dall'art. 1.218 *Código civil*, e la regolamentazione dei documenti pubblici come mezzo di prova è raccolta negli artt. 317 - 323, e 328 - 334 della legge processuale civile spagnola, la *Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC-2000).

⁴³ Tra i vari tipi di documenti notarili esistenti, atti, scritture, legalizzazioni, il più importante è certamente l'atto notarile, con l'attribuzione di pubblica fede come esercizio del potere pubblico. Per una ricognizione sintetica di come funzioni il sistema italiano, che descrive tanto le norme notarili, quanto gli articoli del codice civile, si veda il commento di G. Petrelli, alla *Regola n. 3 - Doveri del notaio in relazione all'autenticazione delle scritture private*, reperibile all'indirizzo <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000476/Regola%20n.%203.%20Autenticazione%20scritture%20private.pdf>.

⁴⁴ M. HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, Iustel, Madrid, 2006: l'espressione “atto autentico” provoca confusione, e così, per esempio, la legge di procedura civile spagnola LEC, cit. *supra*, ha eliminato l'espressione e tratta del “documento pubblico”.

⁴⁵ Le parti, nell'attività del “dichiarare”, possono perseguire diversi obiettivi: ripetere una dichiarazione già espressa oralmente, al fine di procurarsi una prova o spostare nel tempo gli effetti del contratto; oppure aggiungere elementi alla precedente dichiarazione, per modificarla, per interpretarla in maniera diversa, etc. Quando il contenuto del documento sono dichiarazioni di volontà, secondo Carnelutti, abbiamo i documenti dispositivi; quando il contenuto del documento sono dichiarazioni di scienza abbiamo i documenti testimoniali. Se sul piano teorico non è agevole distinguere fra dichiarazione che ha funzione di riconoscimento o di accertamento, nei fatti è più facile. Così F. CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, *Novissimo Dig. It.*, vol VI, Torino, 1960, 85-89. L'A. sviluppa la teoria del documento come rappresentazione.

forma del documento autografo, sia quella dello strumento notarile⁴⁶: in quest'ultimo caso, l'autenticità conferita non è che un anello della complessa attività svolta dal notaio: “*un eslabón (inescindible de otros) de la autorización notarial, en virtud de la cual el notario se reconoce autor (se autorem facere) del instrumento público, que él redacta y autentica, previo control de su legalidad formal y material, y que los interesados otorgan (emitiendo una declaración de voluntad con la prestación de su consentimiento)*”⁴⁷.

L'agire del notaio si manifesta, dunque, in un'attività complessa, che passa dalla redazione del documento tramite un'approfondita indagine circa la volontà delle parti (per prevenire problemi di incapacità, vizi della volontà, divergenze tra volontà e dichiarazione), al suo controllo di legalità (per impedire il ricevimento di atti nulli), giungendo infine ad attribuire la “pubblica fede”⁴⁸; il notaio “conferisce al documento forma, effetti probatori ed efficacia legale”⁴⁹. È il notaio che conferisce “autenticità” al documento pubblico, il quale assume di conseguenza un'efficacia probatoria privilegiata. Tale tipo di documentazione costituisce prova privilegiata della dichiarazione che rappresenta, e di essa è custode il notaio latino⁵⁰, la cui narrazione contenuta nel documento è il *mos conficiendorum instrumentorum*. L'“autorità” del documento corrisponde all'unicità del notaio - autore del documento. La *fides publica* del documento autentico passa attraverso l'autorità e la credibilità del notaio.

Il concetto di “autenticità” usato per rendere l'idea di “*fides publica*”, è secondo taluni una “deformazione giuridica”⁵¹, che non si riscontra nel diritto romano giustiniano, né tanto meno nei giuristi bolognesi, e neppure

⁴⁶ Entrambi i documenti sono attualmente oggetto di ulteriore riflessione per il passaggio al mezzo elettronico, ma non è questa la sede per darne conto: sia concesso il rinvio alla bibliografia citata in B. PASA, *La forma informativa*, cit. *supra*.

⁴⁷ La tradizione notarile spagnola cui si dà spazio con questa citazione è nota. Per una introduzione, v. V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, *Introducción al Derecho Notarial*, Academia Sevillana del Notariado, Comares, Granada, 2006. Naturalmente, non si possono non citare quella francese ed italiana: J-F. PILLEBOUT, J. YAIGRE, *Droit professionnel notarial*, Paris, 7 ed. 2006; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007. Sul notariato alla luce delle sollecitazioni sovranazionali C. Licini, *Notai. Anche nel terzo millennio? Ovvero, quale notaio nello scenario economico globale*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010.

⁴⁸ G. MARICONDA, *Atto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 5 ss.

⁴⁹ V. E. GIMENEZ ARNAU, in V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, *Introducción al Derecho Notarial cit.*, 63 ss.

⁵⁰ Tra le attività notarili ritenute centrali ed inscindibili rispetto alla funzione del notariato latino, la conservazione e custodia del documento matrice in un protocollo segreto di titolarità statale, e il controllo del rilascio di copie autentiche e semplici, a partire dalla matrice (cfr. pp. 9 e 13, GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, cit.).

⁵¹ V. A. MARTINEZ SARRION, *La narración y la fe en el documento*, in *Revista de derecho notarial*, 1989, CXLI, 199-224 a 208. V. anche B. PASA, *La forma informativa*, cit., 151 ss.

nelle opere di Rolandino (ove ricorre la forma avverbiale "*con veridicità*"), quando piuttosto si faceva riferimento all'"*originalità*" del documento⁵².

Dunque, in epoche più lontane, il riferimento era all'*originalità*, piuttosto che all'*autenticità* del documento.

I due concetti hanno vissuto alterne vicende nella loro elaborazione a partire dalla tarda Romanità, sino al Medioevo.

Inizialmente, la nozione di *documento originale* non racchiudeva in sé l'*autenticità*. Nell'area influenzata dal diritto romano classico, *originale* rinviava alla provenienza diretta dall'estensore, che poteva provarsi con elementi esterni al documento, ossia con le testimonianze. Anche nei paesi di tradizione legata al diritto teodosiano, come la Provenza, nei secc. IX e X non si faceva menzione di chi redigeva il documento, ma erano i testi a "firmare" il documento *clara voce*. L'evoluzione della nozione, da documento *originale* ad *autentico*, è successiva, ed è mossa dalla ricerca di mezzi di prova che, astruendo da ogni significazione simbolica, potessero avere valore di controllo per sé, mezzi cioè, che non facessero perno sull'evanescenza di una semplice affermazione orale, ma fossero frutto della pressione determinata dal verificarsi di precise circostanze da ricondurre ad uno scritto. Era chiara, da un lato, la necessità di ottenere certezza della provenienza diretta, senza intermediari, del documento, dall'altro, quella di accertare la capacità di dare pubblica fede e forza probatoria privilegiata, come qualcosa che si può *aggiungere*, che *arricchisce* e completa il documento⁵³. Nascevano le *authenticae personae*, di cui si rinviene traccia nei documenti medioevali, che intervenivano a "firmare" la documentazione. Il termine privilegiato durante il Medioevo era *autentico*, che peraltro poteva vantare come precedenti anche talune formulazioni classiche (ad es. Cicerone, che aveva affermato che *ad faciendam fidem auctoritas quaeritur*). Nel contempo, i notai, nella loro veste di cancellieri o di addetti alla Cancelleria, non mancavano di cercare di rendere possibile risalire all'*origine* del documento, in altre parole all'*originalità* della documentazione, sempre intesa come semplice provenienza indubbia e diretta dall'estensore. Paiono rappresentativi di ciò alcuni usi cancellereschi, risalenti alla metà del sec. XII, indubbiamente dettati da necessità particolari di natura diversa, ma tutti con l'implicita e sottesa tensione di non trascurare alcun mezzo di prova della provenienza diretta dall'autore della documentazione. Nel

⁵² Per una pregnante indagine storica ed etimologica del concetto di *autenticità* rispetto a quello di *originalità*, v. G. COSTAMAGNA, *I concetti di autenticità e di originalità nella documentazione della Cancelleria genovese nel Medioevo*, in *Landesherrliche Kanzleien im Spätmittelalter. Referate zum VI. Internationalen Kongreß für Diplomatik*, München, 1983, ed. G. Silagi, 2 vol., München, Arbo-Gesellschaft, 1984 (Münchener Beiträge zur Mediävistik und Renaissance-Forschung, 35), 483 ss.

⁵³ Così G. COSTAMAGNA, *cit.* nota precedente, ha chiarito il legame che stringe *authenticum* ad *auctoritas*, e la stessa derivazione di entrambi i termini da *augere*, che esprime il concetto di *arricchimento*, di *accrescimento*.

XII sec. s'imponeva l'*instrumentum*, in cui si affermava la *publica fides* del notaio; la scrittura, con la sua sottoscrizione, assumeva da sola sempre maggior valore. Ciò ha rappresentato un punto di svolta per il progressivo accentuarsi dell'attenzione sull'indubbia *origine* del documento, posta in ombra dalla *legittimità* garantita da elementi esterni, dall'*auctoritas*⁵⁴. Infine, nella prima metà del sec. XV si nota un deciso mutamento negli usi delle Cancellerie. È l'epoca dei grandi cancellieri, notai e umanisti. Nell'adottare la designazione di *instrumentum publicum*, in luogo di quella di *authenticum*, si deve riconoscere l'intento di cercare un maggior equilibrio tra le due condizioni di *originalità* e di *autenticità*, riconoscendo come a quest'ultima si fosse fino a quel momento dato un peso eccessivo. Ecco il ritorno alla ricerca dell'*originalità* del documento, nella sua funzione di testimonianza, e la tendenza a riassumere nel concetto stesso anche la condizione di *autenticità*, qualora s'intendesse riconoscere al documento fede pubblica e forza probatoria privilegiata⁵⁵.

L'autenticità di conio europeo sembra ormai molto lontana da queste radici. Essa rinvia semplicemente a ciò che non è falso (è autentico ciò che non è stato dichiarato falso).

La *publica fides* riposta nel notaio è qualcosa di più, rinvia all'idea che, poiché gode di credibilità, ingenera affidamento, egli è capace di consigliare e confezionare il migliore strumento giuridico affinché le parti raggiungano i loro fini, a condizione che l'ordinamento li riconosca come leciti.

Lo Stato liberale, a partire dalla fine dell'Ottocento, assoggetta al proprio controllo indiretto taluni rapporti privatistici, ossia quelli di maggior rilievo sotto il profilo economico; così, insieme agli organi pubblici e ai pubblici ufficiali, anche i notai ricevono un primo mandato dallo Stato moderno⁵⁶: quello di garantire certezza, sicurezza e prevedibilità ai rapporti giuridici tramite il controllo sulle operazioni di rilevanza patrimoniale che riguardano i privati cittadini. Tutto ciò nel superiore interesse pubblico.

Pare chiara, a questo punto, la stretta relazione creatasi tra i *documenti* prodotti da codeste *autorità pubbliche*, che producono diversi effetti e servono per le iscrizioni, annotazioni e trascrizioni nei registri pubblici (Registri di stato civile, delle persone giuridiche, delle imprese, della proprietà, etc.) e l'evoluzione storica del concetto di *autenticità*⁵⁷ nella tradizione di

⁵⁴ *Ibidem*, 487. Nell'elaborazione della Grande Summa, Rolandino affermava che solo l'originale è dotato di pubblica fede, definendo il documento originale come *genus ex quo generatur et sumitur exemplum*.

⁵⁵ V. COSTAMAGNA, *cit.*, 483 ss.

⁵⁶ Cfr. B. PASA, *cit.*, 158 ss., e M. Krogh, G. Aricò (et al. cur.), *Relazioni italiane al XXVI Congresso internazionale del notariato di Marrakech 3-6 ottobre 2010*, Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffrè Milano, 2010, 109 ss.

⁵⁷ Il tema dei documenti "*autenticati*", come la scrittura privata autenticata, richiederebbe un ulteriore approfondimento che non può essere svolto in questa sede; per un primo inquadramento si rinvia, tra gli altri, agli scritti di Petrelli, *cit. supra* note 32 e 43.

civil law: questi documenti spesso costituiscono l'unico mezzo per far valere in giudizio una situazione giuridica, per dirimere l'eventuale conflitto fra più aventi causa dal medesimo dante causa, o per costituire un diritto o un rapporto giuridico.

Sebbene, dunque, siano usati come sinonimi perché le codificazioni continentali hanno copiato l'*acte autentique* del *Code civil*, “*documento pubblico*” e “*atto autentico*” sono concetti da mantenere distinti. Almeno dieci Stati Membri (Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Regno Unito, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Ungheria,) non conoscono una definizione giuridica di atto autentico alla francese, ed altri sono i metodi adottati per elaborare “documenti pubblici”⁵⁸.

3. *Gli obiettivi rivelati e quelli criptici (o taciuti) della Proposta di Regolamento: il “valore probatorio ufficiale” dei documenti pubblici europei*

Muovendo dalle premesse della giurisprudenza europea e dagli altri Regolamenti, in particolare dal Reg. 650/2012 (*supra* par. 2), l'apporto innovativo della Proposta di Regolamento in esame potrebbe risiedere nel riconoscimento delle ulteriori funzioni del documento pubblico europeo. Accanto alla funzione *esecutiva* del documento (documento come titolo esecutivo) e a quella *informativa* (documento come strumento di notificazione) già individuate dalla Corte di Giustizia nel ventennio passato, e basate sull'idea tradizionale dell'assimilazione, o equivalenza⁵⁹ dei documenti pubblici stragiudiziali a quelli giudiziali, la Proposta potrebbe riconoscere

⁵⁸ Taluni sistemi giuridici demandano la questione alle leggi che regolano la professione dei pubblici funzionari o dei notai: Spagna Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo e Slovenia; altro a quelle che regolano la professione di avvocato (Austria). Cfr. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/08-actos-autenticos.pdf>.

⁵⁹ Sulla questione dell' “equivalenza” di questi documenti v. A. BORRÁS, *Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales* (Conferencia pronunciada el 20 de noviembre de 2001), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. XLII, 29-53. V. anche M. Font i Mas, *Documentos públicos no judiciales extranjeros: excursos en la Regulación europea y su adaptación en la legislación interna española*, in Borrás, A., y Garriga, G. (eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 161-182. Font descrive nel dettaglio i Regolamenti che prevedono un trattamento equivalente dei documenti pubblici stranieri extragiudiziali e di quelli giudiziali rispetto alla loro forza esecutiva (Reg. Bruxelles I, n. 44/2001; Reg. Bruxelles II-bis, n. 2201/2003; Reg. n. 805/2004; Reg. n. 4/2009), e rispetto alla loro funzione informativa (Reg. relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale n. 1393/2007). Font analizza anche la terminologia utilizzata nelle versioni linguistiche dei Regolamenti, sottolineando che le versioni in inglese di detti strumenti hanno dovuto introdurre termini neutrali, non connotati dalla tradizione giuridica, come per esempio “*authentic act or instrument*”, o “*preventive justice*”.

la funzione del documento di *provare* determinate circostanze⁶⁰ (documento come prova), e quella di *pubblicità*⁶¹, significativa nella soluzione di conflitti che possono sorgere in relazione alle situazioni o vicende che ne formano oggetto (documento come rappresentazione⁶² di dichiarazioni: di scienza, di volontà, attestazione di fatti che producono effetti giuridici tra le parti, o anche verso terzi).

Come si è visto nel par. 2.1, la prima nozione europea di documento pubblico è stata ricavata in stretta connessione con la forza *esecutiva* del documento extragiudiziale, mentre il valore *probatorio* del documento, che storicamente connota il significato di documento nella tradizione di *civil law*, costituendone l'altro effetto giuridico fondamentale per i diritti continentali, non è stato finora considerato.

Allo stato, la Proposta, pur negando esplicitamente ogni ricaduta sul regime probatorio (secondo l'art. 2, infatti, essa non concerne il *riconoscimento del contenuto* di questi documenti pubblici) sembra seguire in forma crittotipica⁶³ il percorso tracciato dal Reg. 650/2012. Del resto, sotto il profilo sistematico delle fonti europee, con esso dovrà misurarsi.

Segnatamente, la Proposta riguarda la mera *accettazione*⁶⁴ di determinati documenti pubblici che devono essere presentati alle pubbliche autorità di un altro Stato membro, mentre non concerne il *riconoscimento del contenuto* di questi documenti pubblici (art. 2, Proposta Reg.)⁶⁵.

⁶⁰ Questo è il significato attribuito dal Reg. 650/2012, art. 59, cit.

⁶¹ Sempre il Reg. 650/2012, al *considerando* (18) afferma che il certificato successorio europeo "rilasciato in applicazione del presente Regolamento dovrebbe costituire un documento idoneo per l'iscrizione dei beni della successione nel registro di uno Stato membro".

⁶² F. CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, cit. nota 45, a 86; ID., *La figura giuridica del Notaro*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1950, pp. 921-930; ID., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, 181-220, ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938; e sempre dello stesso A. il risalente saggio sulla *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, II, 308-319 e in *Riv. Dir. Comm.*, 1917, I, 339-341.

⁶³ Sulla nozione di crittotipo celebre è la dottrina di R. Sacco, a partire dal saggio *Un cryptotype en droit français: la remise abstraite?*, in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris, 1981, pp. 273 ss., descritta anche in G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013, Cap. 1.

⁶⁴ La legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/95 all'art. 68 utilizza il termine "*attuazione*" mentre la versione italiana della Proposta di Regolamento preferisce il termine "*accettazione*" (calco dell'inglese "*acceptance*"). La legge n. 218/95 di diritto internazionale privato, assistita dalla dottrina, per "*attuazione*" intende: "*l'utilizzazione dell'atto al di fuori dei casi in cui si intenda procedere all'esecuzione forzata, pur richiedendosi l'intervento o l'attività dell'autorità amministrativa o giudiziaria. È questo il caso dell'iscrizione o trascrizione in pubblici registri*". Così Ockl D., *Le scritture private autenticate provenienti dall'estero*, in *Fondazione italiana per il notariato. Gli atti provenienti dall'estero*, Milano, 2007, 33 ss.; E. CALÒ, *Il diritto internazionale privato e dell'Unione Europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, Giuffrè 2010.

⁶⁵ Si ricorda che la Proposta di Regolamento è stata valutata nelle apposite Commissioni del Parlamento europeo, il quale, con procedura legislativa ordinaria, l'ha discussa in ses-

Sotto un primo profilo, quello degli “obiettivi rivelati”, essa intende inserirsi nel solco già tracciato da un precedente Regolamento sulla cooperazione rafforzata, fondato sul principio generale della reciproca fiducia fra autorità pubbliche degli Stati Membri, che ha creato il Sistema di Informazione del Mercato Interno (IMI)⁶⁶, sul presupposto dell'utilizzo dei mezzi elettronici. Nessun riferimento, invece, al Reg. 650/2012.

Sotto un secondo profilo, tuttavia, quello degli “obiettivi criptici”, quando all'art. 3(1) la Proposta affronta il tema di quali siano quei documenti che devono essere presentati alle autorità pubbliche degli Stati Membri, introduce una nuova espressione, senza precedenti, quella dei *documenti pubblici dotati di valore probatorio ufficiale* in relazione a taluni fatti concernenti la vita del cittadino e dell'impresa.

3.1. Assenza di definizione

Dall'analisi del mero dato letterale, l'interprete non ricava alcun aiuto. L'espressione “*valore probatorio ufficiale*”⁶⁷ non è definita nella Proposta. L'interprete potrà allora ricorrere all'elenco dei documenti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione della Proposta medesima, ai sensi dell'art. 3(1). L'enumerazione ivi contenuta non è tassativa.

In effetti, pare utile distinguere tra i documenti elencati, individuando almeno due possibili sottocategorie:

a) quella dei documenti pubblici che contengono dichiarazioni di scienza o attestazioni circa il riconoscimento di uno *status* (con valore costitutivo, o meramente dichiarativo): nascita, morte, nome, filiazione, adozione, residenza, cittadinanza, nazionalità, *status* giuridico dell'impresa, assenza di precedenti penali; sono documenti che possono sortire effetti economici, ma che generalmente svolgono la loro funzione su di un piano non economico, attraverso la mediazione di uno *status* (di figlio legittimo, di adottato, di residente, di defunto, etc. ...); e

b) quella dei documenti pubblici che incorporano e rappresentano dichiarazioni di volontà delle parti (o talvolta dichiarazioni di volontà unilaterali), e che producono effetti giuridici suscettibili di valutazione economica: il certificato di matrimonio, dell'unione registrata, la certificazione

sione plenaria il 4.2.2014, *cit. supra* nota 8 (per il calendario aggiornato della procedura di adozione dello strumento cfr. [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0119\(COD\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0119(COD)&l=en)). La discussione riguarderà dunque la Proposta come integrata da una serie di emendamenti che tengono conto del parere CESE (2013/0119(COD), 10.01.2014), *cit. nota* 8.

⁶⁶ Regolamento (UE) n. 1024/2012, *cit.*

⁶⁷ La versione inglese della Proposta di Regolamento utilizza l'espressione “*formal evidentiary value*”, ma non troviamo un concetto omologo concernente il regime probatorio né nella casistica, né nella legislazione inglese. È un esempio di espressione “neutrale”, coniata dal legislatore europeo.

relativa al *patrimonio*⁶⁸ immobiliare, la rappresentanza di società o altre imprese, i documenti relativi ai diritti di proprietà intellettuale.

Essi hanno una comune funzione: secondo la Proposta⁶⁹, quella di fornire la *prova di quanto attestato da un'autorità pubblica*⁷⁰. Sono documenti pubblici presentati per ottenere accesso ad un diritto, ricevere un servizio, o adempiere un'obbligazione. In altri termini, si tratta di documenti che hanno un effetto "*legittimante*" al momento di ottenere servizi, permessi per entrare nel territorio di un altro Stato, licenze, etc. ... Ciò che taluni autori spagnoli, coniando un neologismo, hanno chiamato effetti "*prestazionali*"⁷¹. Al fine di conseguire tali effetti, è necessario presumere la validità del contenuto del documento. Trattandosi di una presunzione relativa (vincibile con l'impugnazione della regolarità del documento per falsità), l'equilibrio fra fiducia reciproca fra le autorità nazionali, mutuo riconoscimento e dottrina dello Stato di origine sarebbe garantito⁷². Resterebbero ad ogni modo esclusi dall'ambito di applicazione della Proposta i documenti redatti da privati.

Gli emendamenti alla Proposta avanzati nel gennaio 2014 dal Parlamento europeo⁷³ rafforzano quest'ultima esclusione. Inoltre, come già accennato *supra* par. 1, gli Emendamenti nn. 2 e 3 escludono dall'ambito di applicazione ogni tipo di accordo tra due o più parti (il che comunque non escluderebbe, ad es., le dichiarazioni di volontà unilaterali). In definitiva, l'idea è che il futuro Regolamento non si applichi ai documenti che riflettono un accordo privato fra due o più parti: contratti, ma anche *deeds*, statuti societari, etc.⁷⁴. Peraltro, il punto di criticità raggiunto dalla Proposta è palese quando, fra gli emendamenti avanzati dalla Commissione giuridica del Parlamento, si legge quello teso a modificare la lista delle definizioni

⁶⁸ Art. 3 (1), lett i). Nella versione spagnola si legge *propiedad inmobiliaria*; in quella francese *biens immobiliers*; in quella tedesca *Grundeigentum*; in quella portoghese *bens imóveis*; nella versione inglese, testo di partenza per la traduzione nelle altre lingue ufficiali, *real estate*.

⁶⁹ Relazione introduttiva p. 4, punto 1.2, della Proposta cit.

⁷⁰ La versione italiana, come quella francese, è fedele al calco inglese (ove si usa il termine *evidence*: "*establish evidence of facts*"). Nella versione spagnola si dice, invece, "*dar fe de los hechos registrados por una autoridad pública*".

⁷¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea*, in M. FONT I MAS, cit. *supra* nota 1, 431-473, a 444 ss. S. TONDO, *Documento pubblico fidefaciente e funzioni notarili*, in S. TONDO, G. CASU, A. RUOTOLO, *Il documento*, vol. 9, in *Trattato di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlinigieri, Esi, Napoli, 2003, pp. 470 ss.

⁷² Così si legge a p. 6 Proposta cit., punto 1.3.1 e *considerando* (5).

⁷³ Cit. *supra* nota 8.

⁷⁴ In particolare si legge l'Emendamento n. 3, che riguarda i *considerando* della Proposta nella versione proposta dal Committee JURI del Parlamento: "*Documents that contain an agreement between two or more parties should be excluded. This Regulation should refer strictly to public documents only and should exclude documents, either authentic or certified, that reflect a private agreement (i.e. contracts, deeds, articles of association, etc.)*". L'Emendamento è stato accolto dal Parlamento in seduta plenaria (cit. nota 8).

contenuta nell'art. 3(2) Proposta Reg.: “per *autorità* si intendono anche le corti o i *notai* che redigono documenti pubblici ai sensi del comma 1, o un autorità dell'Unione europea”⁷⁵.

L'unico punto fermo sembra riguardare la funzione che accomuna questi documenti extragiudiziali: quella di semplificare le attività di un pubblico indistinto di utenti, cittadini ed imprese europee, sebbene con scopi diversi (al fine di garantire la mera conoscibilità dei fatti attestati nel documento, o al fine di essere opponibili ai terzi, o al fine di costituire diritti), ma comunque presumendo esatto e valido il contenuto dei documenti di cui trattasi.

3.2 *Questioni aperte: l'efficacia probatoria del documento pubblico europeo*

La Proposta, dunque, pone interrogativi di non poco conto: di là dalle declamazioni inserite nell'art. 2 Proposta Reg.⁷⁶, essa non sembra realmente voler distinguere tra efficacia formale del documento (“*accettazione*”) e suo contenuto (“*riconoscimento*”); di fatto, essa pare piuttosto stabilire una presunzione di validità del contenuto del documento pubblico con effetti probatori molto precisi⁷⁷.

⁷⁵ Emendamento n. 12: “(2) ‘*authority*’ means a public authority of a Member State or an entity authorised by virtue of an act or an administrative decision to carry out public duties, including courts or notaries issuing public documents as referred to in point 1, or a Union authority (...)”. L'Emendamento n. 13 aggiunge all'elenco un'altra definizione: “(2 bis) ‘*Union authorities*’ means institutions, bodies, offices and agencies of the Union and the European Schools (...)”. Anche tali Emendamenti sono stati accolti dal Parlamento in seduta plenaria (cit. nota 8).

⁷⁶ Per cui, lo ricordiamo, la Proposta riguarda la mera “*accettazione*” di determinati documenti pubblici che devono essere presentati alle autorità di un altro Stato Membro, e non si applica, invece, al “*riconoscimento*” del contenuto dei documenti pubblici emessi dalle autorità di altri Stati Membri.

⁷⁷ Tale presunzione potrebbe semplificare, per esempio, il “doppio esame”, di legalità formale/registrale, e di legalità materiale/del fatto documentato, richiesto dalla Legge spagnola del *Registro Civil*, Ley 20/2011 (LRC), che all'art. 28 richiede l'adempimento dei requisiti dell'art. 98 della stessa legge.

La LRC del 2011 ha introdotto nuovi istituti che prevedono l'intervento del notaio, come il “*procedimiento de concesión de la nacionalidad española por razón de residencia*” (procedimento per concedere la nazionalità spagnola in virtù del criterio della residenza); ha altresì attribuito ai notai la competenza a celebrare il matrimonio; il Registro Civile, inoltre, ha assorbito i Registri degli Atti di Ultima Volontà e di Assicurazioni sulla Vita, incorporando così tutti i dati in uno stesso foglio personale per ciascun soggetto (insieme ai dati relativi ad altre assicurazioni ramo vita, come i piani pensione). In pratica il *Registro Civil* diventa il centro di raccolta di tutti i dati personali rilevanti sino al momento della morte.

L'art. 98 LRC, traendo ispirazione dalla sentenza n. 15/2010 del *Juzgado de Primera Instancia de Valencia* (in appello), e dalla previa *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 7 de Octubre de 2010*, introduce un sistema che impone un duplice esame sul documento straniero. Per questo, ad es., in Spagna, non è possibile

Si tratta a questo punto di verificare se l'“*autenticità del documento pubblico europeo*”, cioè quello prodotto da un'autorità pubblica che garantisce il controllo di legalità sotto la propria responsabilità, strumento qualificato per garantire *veridicità* (*fe pública* nella versione spagnola), quale è, ad es., il documento notarile, incida anche sugli effetti probatori⁷⁸. A tal fine, si dovrà chiarire il significato dell'espressione “*valore probatorio ufficiale*” del documento pubblico europeo, che pare all'origine di queste ulteriori difficoltà concettuali.

Il problema, in primo luogo, è che non solo manca una definizione a livello europeo (*supra* par. 3.1), ma che l'espressione è sconosciuta anche a livello nazionale.

Dato che l'art. 3 Proposta Reg., dedicato all'apparato definitorio, non se ne occupa, la prima opzione, trattandosi di normativa europea, è quella di ricorrere all'antecedente più vicino che riguarda il documento pubblico europeo, cioè al Reg. 650/2012, articoli 3 e 59 (*supra* par. 2).

La seconda opzione è quella di attribuire al documento pubblico europeo anche il significato di prova documentale, per cui il giudice deve accettare come provati determinati estremi del documento. Nei sistemi di *civil law* si è soliti porre in questo ambito delle relazioni tra prova e diritto sostanziale un problema sistematico che non ha eguali in *common law*⁷⁹.

iscrivere i figli nati mediante gestazione d'appoggio (o maternità surrogata) come figli di due uomini o due donne, in virtù di una certificazione straniera che determini la filiazione: il fatto contenuto nella certificazione non è conforme alla legge spagnola, poiché viola l'art. 10 della LTRA (*Ley sobre técnicas de reproducción asistida*), ed è pertanto nullo.

⁷⁸ Tra gli effetti che i diritti continentali riconoscono al documento pubblico redatto dal notaio ricordiamo gli effetti costitutivi (ad es. nella donazione), ricognitivi, probatori, esecutivi, ed in taluni sistemi anche traslativi (artt. 1.462(2) e 1.464 *Código Civil* spagnolo), prelativi, di mero accesso ai registri pubblici. Sul sistema spagnolo v. GÓMEZ RIESCO TABERNERO, *cit.*, a 11. Secondo l'A., inoltre, si deve tener conto che l'art. 18(1) della *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, (B.O.E. núm. 79, de 1 de abril de 2009) strabilisce che: “*En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*”

⁷⁹ Con l'eccezione dello *Statute of Frauds* (1677), che richiedeva la forma *ad probationem* per taluni contratti, legge parzialmente confluita nella *Law of Property Act* 1925, riformata nel 1954 con la *Law Reform (Enforcement of Contract) Act*. La legge inglese del 1677 aveva influenzato anche gli Stati Uniti (v. *Uniform Commercial Code*, § 2-201). Tuttavia, il sistema probatorio di *common law* preferisce l'oralità. Il favore per la forma orale *ad probationem* si osserva, ad es., nella *doctrine of part performance* sviluppata in *equity* e riconosciuta nella *Law of Property Act* 1925, come anche nella *doctrine of proprietary estoppel*: v. sul punto quanto detto in B. PASA, *La forma informativa*, *cit.*, 181 e 189 ss.

In *civil law*, la dichiarazione è l'atto umano “onnipotente”⁸⁰, che vincola il dichiarante; il documento è la *res signata* che contiene l'atto, è l'oggetto che rappresenta la dichiarazione⁸¹. La distinzione tra atto e documento mira a chiarire che il documento, come luogo in cui le parti riversano le dichiarazioni, può essere “posteriore” alla formazione della volontà, ossia, all'atto: così che il documento certamente può offrire la prova della dichiarazione che rappresenta⁸². Tuttavia, ciò non significa che si possa semplicemente assimilare il documento nella sua funzione di forma *ad probationem* alla prova scritta in sé, come fanno in effetti il diritto francese, quello spagnolo, e quello italiano, sia per quel che concerne l'atto autentico⁸³, sia per la scrittura privata⁸⁴. Ad una prima lettura, non c'è molta distanza fra *res signata* (documento) e prova scritta (forma *ad probationem*) nella sua indicazione ellittica del giudizio, ossia dei “mezzi” utili ai fini del giudizio, o del “risultato” del giudizio; tuttavia, la forma documentale rappresenta l'attività del dichiarare, l'attività dell'*i-scrizione*, mentre la prova scritta riguarda il contenuto dichiarato (la dichiarazione medesima). Il documento prova la dichiarazione, è il “mezzo che prova” le circostanze rappresentate nella dichiarazione (ciò che è stata chiamata “*forza probatoria remota del documento*”)⁸⁵.

Non è chiaro se nella fase di redazione della Proposta di Regolamento in esame si sia tenuto conto di questo substrato giuridico della tradizione continentale (*supra*, par. 2.2). Per contro, è chiaro, invece, che la Corte di

⁸⁰ R. Sacco, *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2005, 310.

⁸¹ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 195; B. PASA, *La forma informativa*, cit., 54-55.

⁸² Secondo CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 195, la formalizzazione posteriore della dichiarazione di volontà può dar luogo a due ipotesi distinte: 1) due atti *identici*, un solo documento (es., nel caso del documento notarile); 2) due atti *distinti*, un solo documento (es., il caso della scrittura privata, che può contenere una dichiarazione ricognitiva come la confessione, o una dichiarazione di scienza che accerta un negozio). Per Carnelutti, la documentazione (sia notarile sia privata) è “*un pezzo di riserva che entra in gioco per rendere più facile e sicura la prova, documentando cioè la dichiarazione*”.

Sull'evoluzione storica del documento come prova v. recentemente C. GÓMEZ BUENDÍA, *Noción de documento público extrajudicial en Derecho español: antecedentes históricos y su proyección en el derecho actual*, in M. FONT I MAS, cit. *supra* nota 1, 235-262 (in sintesi il tema è affrontato anche in B. PASA, *La forma informativa*, cit., 120 ss.).

⁸³ Art. 1319 CC fr., art. 2700 CC it., art. 1218 CC sp., che rinvia alle norme di procedura civile contenute nella LEC-2000, artt. 318 ss.

⁸⁴ Art. 1316 CC. fr., *preuve littérale o preuve par écrit*, cui viene esplicitamente assimilato lo scritto su supporto elettronico, ex art. 1316-3 CC, a seguito della *Loi n. 2000-230* del 30 marzo 2000; art. 2702 CC it, *scrittura privata*; art. 1.225 CC sp. *documento privado*, che rinvia alle norme di procedura civile per i requisiti ai fini dell'efficacia in giudizio: artt. 324-327 LEC-2000 e 328-334, oltre che al Codice di commercio artt. 30-33.

⁸⁵ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 241, che trae chiaramente ispirazione dalla dottrina tedesca (egli cita Meyer, Siegel, ed altri autori tedeschi).

Giustizia ben conosce il tema del valore probatorio del documento, occupandosi addirittura del valore probatorio del documento anonimo⁸⁶.

4. *L'ambito soggettivo della Proposta di Regolamento e il notariato latino*

L'ulteriore riflessione riguarda l'"*autorità pubblica*". Secondo l'art. 3(2), Proposta Reg. ed i *considerando*⁸⁷, si deve trattare di: *a*) autorità pubbliche degli Stati Membri, oppure *b*) entità degli Stati membri incaricate, tramite decisione o atto amministrativo, di esercitare funzioni pubbliche. Inoltre, gli Emendamenti approvati dal Parlamento nel febbraio del 2014 hanno chiarito che rientrano nella definizione anche i notai che redigono documenti pubblici (*supra*, par. 3.1)

La Proposta accoglie, dunque, la definizione fornita dalla CGUE nella citata sentenza *Unibank* (*supra*, par. 2.1). L'Avvocato Generale La Pergola concludeva dicendo che i documenti realizzati da e fra privati necessitano l'intervento di un'autorità pubblica o abilitata dallo Stato di origine per dotarli della qualità di "documenti pubblici" tramite procedimenti appropriati per conferire loro "autenticità". Peraltro, va ricordato che pochi sistemi nazionali avevano assunto una chiara posizione rispetto alla decisione espressa dalla CGUE in *Unibank*. Solo Austria e Polonia avevano affermato che anche gli avvocati dovrebbero ugualmente figurare tra i funzionari autorizzati ad emettere un documento autentico se la legislazione nazionale attribuisce loro le competenze necessarie (ed i francesi sembrano aver messo in pratica l'idea con la Legge n. 2011-331 del 28 marzo 2011, che ha introdotto diverse modifiche anche nel Codice civile prevedendo che gli avvocati possano provvedere alla "forma autentica" dei documenti). I Paesi Bassi, d'altro canto, avevano detto che il diritto civile e di procedura [art. 431(1), del Codice di procedura civile] erano già conformi al diritto europeo espresso nella sentenza *Unibank*. Ma i dati circa gli altri sistemi giuridici non erano completi, né omogenei.

Peraltro, la CGUE nell'ultima sentenza del 2011 (*supra*, par. 2.1) ha negato che i notai siano da annoverare fra le "autorità pubbliche", poiché "*non partecipano all'esercizio del potere pubblico neppure occasionalmente*"⁸⁸. Tale sentenza, come ricordato, intendeva affermare l'incompatibilità

⁸⁶ Cfr. CGUE, C-411/04 P, del 25.1.2007, *Salzgitter Mannesmann contro Commissione*, e C-407/04 P, del 25.1.2007, *Dalmine contro Commissione*, rispettivamente Racc. 2007, I-959 e Racc. 2007, I-829. Il diritto europeo riconosce anche l'esistenza di documenti privati "autenticati" (o la cui autenticità è accertata giudizialmente, o comunque vi sia stato un riconoscimento espresso della sottoscrizione), come già nel caso francese (art. 1322 CC fr.: *acte sous seign privé*) e italiano (art. 2703 CC it.: *scrittura privata autenticata*), che possono avere, fra le parti, il medesimo valore probatorio (prova legale) della scrittura notarile. Ma il tema, come detto, non sarà analizzato in questa sede.

⁸⁷ A p. 8, Proposta cit.

⁸⁸ L'ampio dibattito suscitato nella dottrina continentale europea è testimoniato dai numerosi commenti alla sentenza: V. MICHEL, *Profession notariale*, in *Europe*, 2011 Juillet, Comm. n° 7, 21-23; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *Chronique de jurisprudence de la*

del requisito di nazionalità per l'accesso alla professione notarile nei differenti Stati Membri con il diritto comunitario, e lo fece al prezzo di negare la relazione funzionale tra notai ed esercizio del potere pubblico, nel significato dell'art. 45(1) TCE (ora art. 51 TFUE).

Come è noto, il diritto primario dell'UE stabilisce e riconosce le libertà di circolazione e di residenza dei cittadini, e di stabilimento per le imprese⁸⁹. Il diritto europeo dei Trattati si sofferma, in particolare, sulla libertà di stabilimento che comprende l'accesso alle attività autonome, non salariate, e al loro esercizio, la costituzione e gestione delle imprese e, specialmente, di società alle condizioni fissate dalla legislazione del paese di stabilimento per i cittadini nazionali (art. 49 TFUE), con l'eccezione delle attività che partecipano, sebbene occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (art. 51 TFUE)⁹⁰. Nel commentare gli articoli del Trattato⁹¹, l'eccezione costituita dalle attività che partecipano, sebbene occasionalmente, all'esercizio dei pubblici era solita ricondursi proprio al cd. Notariato latino, che esercita il controllo di legalità per lo Stato. Tuttavia, con la sentenza del 2011 la CGUE afferma che la libertà di stabilimento riguarda *anche* l'attività notarile. Di conseguenza, il requisito della nazionalità fissato da taluni Stati

CJUE. *Liberté d'établissement, autorité publique et notariat*, in *L'actualité juridique; droit administrative*, 2011, 1615-1617; C. GUILLARD, *Le refus de la Cour de justice de voir dans les activités notariales une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique: une analyse réductrice du rôle des notaires en France*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 451-473; J.-S. BERGÉ, *L'activité notariale, l'acte authentique et la Cour de justice*, in *Revue des contrats*, 2011, 1306-1311; L. DEFALQUE, *Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires*, in *Journal des tribunaux*, 2012, 15-18; S. FRANCO, *Les arrêts du 24 mai 2011: une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen*, in *Journal des tribunaux*, 2012, 19-22; H. CASMAN, *Les arrêts du 24 mai 2011 et l'accès à la profession de notaire en Belgique*, in *Journal des tribunaux*, 2012, 23-26; B. KOHL, F. ONCLIN, *La fin de la condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire - Le statut de notaire et le droit européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, pp. 195-210; A. NEGRELLI, *Libertà di stabilimento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 1193-1195; A. BENEDETTI, *Libertà di stabilimento e professione notarile*, in *Giur. It.*, 2012, 703-707; M. CASTELLANETA, *Regole comunitarie applicabili ai notai al pari di tutti gli altri professionisti*, in *Guida al diritto*, 2011, n° 25, 88-90; M. GALATI, *Accesso alla professione notarile e requisito della cittadinanza*, in *Giur. It.*, 2011, 1506-1507; F. SPAGNUOLO, *La nozione europea di pubblici poteri*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1289-1297; K.-T. POHL, *Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa*, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht – EWS*, 2011, 353-359; J. BREDTHAUER, *Zum Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare, Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes vom 24. Mai 2011*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2012, 171-188.

⁸⁹ Rispettivamente art. 45 e art. 16, Carta dei Diritti Fondamentali della UE.

⁹⁰ V. Direttiva 12 dicembre 2006, 2006/123/CE, sui servizi nel mercato interno (“Direttiva Bolkenstein”), art. 17(12).

⁹¹ Si noti che trattasi di pilastri fondamentali della costruzione europea. Infatti, dette norme sono presenti sin dalla prima stesura del Trattato di Roma del 1957: allora il diritto allo stabilimento era normato agli artt. 52 e 53, mentre la libera circolazione delle persone riguardava i soli “lavoratori”, ex artt. 48 ss.

Membri per l'esercizio della professione è "contrario al diritto europeo". Allo stesso tempo, secondo la CGUE la giustificazione di altre restrizioni (che concernono l'attribuzione delle funzioni pubbliche, l'organizzazione del notariato, le condizioni di accesso, la limitazione del numero, delle competenze territoriali, etc., limitazioni che dovrebbero rispettare il principio di proporzionalità, secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón) risponde a un obiettivo "*d'interesse generale*". In particolare, le restrizioni garantiscono la legalità e la sicurezza giuridica di determinate attività economiche che riguardano i privati. Tuttavia, prosegue argomentando la CGUE, l'obiettivo d'"*interesse generale*" non è relazionato necessariamente con il "*potere pubblico*"; e proprio le attività notarili non sono relative all'esercizio del potere pubblico, perché non partecipano direttamente e in modo esplicito all'esercizio dell'autorità pubblica⁹² (l'AG Pedro Cruz Villalón ha sostenuto esattamente il contrario⁹³).

La sentenza della CGUE riconosce che il notaio redige "documenti autentici" dotati di due caratteristiche principali: forza probatoria ed esecutività. Tuttavia, ricorda la CGUE, sono le parti stesse a decidere, nei limiti imposti dalla legge, la portata dei loro diritti ed obblighi, e a scegliere liberamente le pattuizioni alle quali vogliono assoggettarsi quando presentano un atto o una convenzione al notaio. L'intervento del notaio presuppone, pertanto, la previa esistenza di un consenso o di un accordo delle parti, che il notaio non può modificare unilateralmente. Citando la CGUE: "*Il fatto di agire perseguendo un obiettivo di interesse generale non è sufficiente, di per sé, a far considerare un'attività determinata come partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.*"

Secondo il ragionamento della CGUE, in conclusione, l'elaborazione dei documenti autentici e la funzione svolta a tal fine dal notaio non sono connesse in alcun modo all'esercizio del potere pubblico. Che sia stato un

⁹² L'incoerenza dell'*iter* argomentativo della CGUE raggiunge l'apice quando riconosce come elemento essenziale dell'atto autentico l'intervento di un'autorità pubblica o di altra autorità abilitata dallo Stato, contraddicendo così la propria giurisprudenza.

⁹³ Punti 102 e 105 delle Conclusioni dell'AG: "*il criterio determinante per qualificare un atto come derivato dall'esercizio dei pubblici poteri sarebbe quindi costituito dalla natura del suo rapporto con l'ordinamento dello Stato. In concreto, la qualità di un'attività dovrebbe essere considerata l'espressione di una forma di partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri a partire dal criterio del suo inserimento (cioè del suo grado di appartenenza) nel detto ordinamento giuridico. Pertanto, il criterio idoneo non sarebbe quello della mera conformità dell'atto con l'ordinamento in questione, bensì quello della sua incorporazione come atto dell'ordinamento*" (...) "*è legittimo sostenere che, sempre con il grado di astrazione imposto dal caso di specie, tra i caratteri che identificano i pubblici poteri nelle diverse tradizioni nazionali, si può far riferimento alla qualità che si traduce nella capacità di imputare un atto, una disposizione o un comportamento alla volontà dello Stato, formalizzata attraverso l'ordinamento giuridico. Si tratta, infatti, di un minimo comune denominatore in cui vengono a coincidere tutte le dette tradizioni, che incontrano nell'imputabilità di una volontà concreta alla volontà generale dello Stato il criterio determinante per tracciare una linea di separazione tra l'ambito del pubblico e l'ambito dei privati*".

maldestro tentativo di tener conto dell'attività di altre autorità, diverse dal notaio di *civil law*, che pure attribuiscono *authenticity* ai documenti?

5. *La mancanza di moduli standard relativi ai beni immobili*

Per facilitare l'accettazione di questi documenti pubblici che circoleranno nello spazio comune europeo, tanto nei *considerando* quanto nell'art. 11 e ss. Proposta Reg. si fa riferimento a *moduli standard multilingue dell'Unione*.

Si tratta di modulistica standard europea, a carattere opzionale⁹⁴ (come del resto è a carattere opzionale ogni normativa europea che ha la pretesa di condurre ad una armonizzazione più pregnante del diritto privato, ad es. la CESL), che senza dubbio potrebbe essere scelta nella misura in cui sottraesse al principio del mutuo riconoscimento e alle tradizionali norme di conflitto la materia della forma documentale⁹⁵. Il condizionale è d'obbligo dato che le perplessità suscitate dal testo normativo sono di varia natura.

Come detto *supra* par. 3, l'art. 3 della Proposta è ambiguo nell'affermare che i documenti pubblici standardizzati, quando saranno utilizzati, avranno lo stesso “*valore probatorio ufficiale*” dei loro equivalenti nazionali per quanto riguarda l'autenticità⁹⁶. L'art. 15 Proposta Reg. ribadisce che questi moduli non produrranno effetti giuridici per quanto riguarda il “*riconoscimento del loro contenuto*” quando saranno presentati in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stati rilasciati.

Il mancato riconoscimento dei contenuti dei moduli standard multilingue, ossia il fatto che non produrranno effetti giuridici in relazione ai loro contenuti, si pone in contrasto con il più basilare dei principi, quello di economicità, per cui si tende al miglior risultato funzionale con il minore sforzo possibile. Solo la libera circolazione del documento pubblico europeo comprensiva del riconoscimento del suo contenuto potrebbe ridurre effettivamente molti costi di transazione. Non c'è dubbio che i moduli standard multilingue avranno una scarsa ripercussione pratica se la portata dei loro effetti (ed in particolare quelli probatori) non sarà chiarita.

La Proposta solleva, infine, un'altra questione, legata al limite imposto all'utilizzo dei moduli multilingue standardizzati: essi concerneranno solo

⁹⁴ L'art. 15(4) Proposta Reg. aggiunge che i moduli non saranno obbligatori e comunque che non recheranno pregiudizio all'utilizzo dei documenti pubblici equivalenti emessi dalle autorità dello Stato Membro che li rilascia, né di altri documenti pubblici o mezzi di prova.

⁹⁵ Per M. GUZMÁN ZAPATER, *La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la UE*, in M. FONT I MAS, *cit. supra* nota 1, 85-122, la Proposta dovrebbe mirare all'unificazione delle norme di diritto internazionale privato, con evidenti vantaggi per gli Stati Membri (a p. 112).

⁹⁶ A p. 6, Proposta *cit.*

nascita, decesso, matrimonio, unione registrata, status giuridico e rappresentanza di una società o altra impresa, escludendo le situazioni più complesse che richiederebbero forse un intervento “coraggioso”, come quelle relative al *patrimonio immobiliare*⁹⁷ e ai diritti di proprietà intellettuale. In altre parole, i documenti pubblici europei concernenti il patrimonio immobiliare e i diritti di proprietà intellettuale sebbene contemplati dalla Proposta (art. 3), non sono oggetto di modulistica multilingue standardizzata (art. 15, Proposta Reg.).

Va qui ricordato che i sistemi giuridici europei in materia di trasmissione della proprietà immobiliare *inter vivos* sono distinti e concettualmente complessi, principalmente perché il diritto europeo non ha inteso armonizzare le regole relative alla proprietà (art. 345 TFUE). Le differenze non si riscontrano solo sotto il profilo concettuale della trasmissione dei beni immobili, come messo ampiamente in luce dalla dottrina comparatistica italiana e straniera, ma anche sotto il profilo (strettamente collegato) dei regimi di pubblicità immobiliare.

5.1. Sistema di trasmissione dei beni immobili nel *common law* inglese

In estrema sintesi, volendo tratteggiare in questa sede la classica dicotomia *common law/civil law*, va ricordato che il sistema di trasmissione dei beni immobili nel *common law* inglese non richiede un documento né pubblico, né autentico, né introduce un controllo di legalità operato da un pubblico ufficiale, come invece accade nella tradizione di *civil law*.

In Inghilterra e Galles (per rimanere nel contesto europeo che cui ci occupa), il diritto della proprietà immobiliare si caratterizza per la dualità tra *interests at law* - diritti tipizzati quanto a contenuti, e costituiti secondo il formalismo del *deed* o *contract under seal*⁹⁸ – ed *interests in equity* – regole e rimedi processuali che non richiedono una costituzione formale, e che hanno avuto origine nella giurisdizione della Corte di Cancelleria⁹⁹.

⁹⁷ La scelta, come ricordato *supra* nota 68, è caduta sul termine “patrimonio”, anziché sull’uso del termine “bene”, come invece nelle altre versioni linguistiche della Proposta Reg. Nella versione francese *biens immobiliers*; in quella tedesca *Grundeigentum*; in quella portoghese *bens imóveis*; in quella spagnola si legge *propiedad inmobiliaria*; nella versione inglese, testo di partenza per la traduzione nelle altre lingue ufficiali, *real estate*. Per un’ampia riflessione sulla tassonomia dei beni v. A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2012.

⁹⁸ È un documento tipizzato, a contenuto tassativamente indicato: deve essere redatto per iscritto, davanti a testimoni e con un contenuto minimo prefissato). Tuttavia, è un documento privato, che non richiede l’intervento di un notaio.

⁹⁹ È la ben nota giurisdizione di *equity* tramite la quale, il Cancelliere, legittimato in quanto ecclesiastico e “grande confessore del re”, per pietà dei sudditi poneva rimedio alle situazioni di ingiustizia tramite la creazione suoi rimedi discrezionali nel momento in cui i *writs* delle corti di *common law* non potevano fornire rimedi o rimedi adeguati.

Il *deed* viene presentato al *Land Registry* per l'emissione di un titolo o certificato di proprietà. Una volta presentato e valutato dal *Land Registry*, il *deed* perde la sua funzione e viene sostituito da un titolo emesso direttamente dal *Land Registry*¹⁰⁰. Non è assimilabile al documento autentico, né è sottoposto ad un controllo di legalità: il documento che si iscrive non si presume né autentico, né certo. Vi sono sette classi di titoli di proprietà, a seconda del grado di affidabilità, in particolare tre per il *freehold* (*absolute*, *possessory*, *qualified*), cioè per il pieno dominio¹⁰¹; tuttavia, può accadere che un possessore concreto ed attuale dell'immobile con un diritto in *equity* non iscritto nel *Land Registry* vinca sul titolare dotato di *absolute title* già emesso dal *Land Registry*. Si tratta di un caso di alterazione del contenuto del Registro in base ad *overriding interest*: ad esempio, l'*actual occupation* basata su un titolo in *equity* costituisce titolo preferenziale rispetto al diritto del titolare iscritto nel Registro¹⁰². L'eventuale rimedio a tutela dell'*estate guarantee* non copre tutti i soggetti che soffrono una perdita. Non sempre darà luogo ad un risarcimento.

Dalla prospettiva continentale, dunque, il *common law* inglese si caratterizza per alcune “mancanze”: di documenti autentici, di un Registro consolidato¹⁰³, di lunghe catene di proprietari registrati, di un Catasto¹⁰⁴, di professionisti-ufficiali pubblici dello Stato (notai), che unitamente alla configurazione di diritti “extra-registrari” in *equity*, possono condurre finanche all'annullamento delle iscrizioni registrari, sfociando nella conseguenza di riconoscere al possesso una maggiore efficacia di pubblicità che al pro-

¹⁰⁰ Sulla trasmissione dei beni immobili in *common law* la bibliografia è oramai estesa: in comparazione con *civil law* ed il ruolo del notariato latino si veda E. BRANCÓS NÚÑEZ, *La transmisión inmobiliaria en Europa: el papel del Notario y del Registro de la Propiedad*, *Noticias de la Unión Europea*, N° 328, *Sección Estudios y notas*, Mayo 2012, Editorial, 1-20. In termini generali, nella letteratura spagnola il manuale di riferimento è F. DE LA PUENTE DE ALFARO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo*, Editorial Aranzadi, 2009. La dottrina italiana inizia l'analisi comparativa a partire dagli anni '90, con A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum*, Cedam, Padova, 1992, e U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, Giappichelli, Torino, 1993, sino a convincere della necessità di adottare una prospettiva comparata altri settori: v. *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano, 2007, 43 ss. In inglese, il manuale di riferimento è S. van Erp e B. Akkermans (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, della serie *Ius Commune Casebooks*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

¹⁰¹ È il diritto di durata più estesa che, per ampiezza è simile al diritto di proprietà continentale.

¹⁰² Cfr. *Land Registration Act* 2002, S. 3. p. 2 (b) y (c). V. MACKENZIE & PHILLIPS, *Land Law*, Oxford University Press, 2010, 127-129.

¹⁰³ Per una sintesi sull'evoluzione del *recording system* nel *common law* inglese e statunitense v. D. B. BURKE e J. A. SNOE, *Property: Examples & Explanations*, Aspen Publishers Online, 3 ed., 2008, 433 ss.; in prospettiva comparata v. T. J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, 2009, 166 ss.; sia concesso il rinvio anche a B. PASA, *La forma informativa*, cit., 106 ss.

¹⁰⁴ V. paragrafo 5.3 che segue.

prio *Land Registry*. Un titolo giuridico non iscritto, pertanto, unito al possesso, offre una maggiore protezione rispetto al titolo registrato. In altre parole, il sistema di registrazione non è sicuro, né offre certezza alle situazioni giuridiche proprietarie, e ciò risulta evidente anche dal sito web del *Land Registry* nel “*property fraud advice*” onde si segnala il rischio di frode e si propongono alcuni rimedi¹⁰⁵.

Il professionista di *common law* è incaricato di certificare l'identità del firmatario e nulla più. Tale professionista è il *solicitor*¹⁰⁶: un avvocato che generalmente rappresenta una parte, il compratore o il venditore (una compravendita di terreno o immobile vede la partecipazione di due *solicitors*, con duplicazione dei costi), ma che non svolge una funzione imparziale di consulenza, a tutela della certezza e della legalità nell'interesse pubblico.

5.2. Sistemi di trasmissione dei beni immobili in civil law

I sistemi continentali europei, com'è noto, conoscono il modello del notariato latino. Esso influisce sotto diversi profili in materia di trasmissione della proprietà immobiliare. Così che questi sistemi risultano più complessi concettualmente di quelli di *common law*, ma alla fine più sicuri.

Le soluzioni scelte nei vari sistemi si dividono fra regola del cumulo “titolo e modo”¹⁰⁷ dei sistemi austriaco e spagnolo; regola del “solo modo”¹⁰⁸

¹⁰⁵ Nel caso in cui l'immobile sia vuoto, si raccomanda di designare sino a tre domicili per essere raggiunti da una notificazione di qualsivoglia modificazione delle annotazioni apposte sul Registro.

¹⁰⁶ L'altra categoria di avvocati è quella dei *barristers*, che possono svolgere attività di *conveyancing* accanto ai *licensed conveyancers*, *notaries*, e *solicitors*. Peraltro sono questi ultimi a detenere il monopolio di questa attività. V. B. PASA, *La forma informativa cit.*, 195 ss. In quanto procuratore di una parte, le norme deontologiche che riguardano il *solicitor* (*Code of conduct* 2011, Chapt. 3) implicano una duplicazione dei costi dei servizi “*concerning land registration and real property*” (cfr. il *Legal Services Act* 2007, S. 12). Solo una interpretazione “estesa” delle norme permetterebbe di avvalorare l'esistenza di un “*substantially common interest*” (unico presupposto per cui il *solicitor* potrebbe rappresentare più di una parte) fra compratore e venditore di un immobile. BRANCÓS NÚÑEZ, *cit.*, 2.

¹⁰⁷ V. §§ 380, 423-425 e 1053 ABGB (codice austriaco); art. 609 CC spagnolo; art. 531-1 *Codi civil de Catalunya*.

¹⁰⁸ La circolazione dell'immobile procede da un accordo trasmissivo che ha natura reale, connotato dall'astrattezza del *modus*. § 929 (accordo reale e consegna per i beni mobili, e iscrizione nel *Grundbuch* per gli immobili) BGB tedesco.

In sintesi le differenze tra i vari sistemi sono descritte in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 3 ed., Utet, Torino, 2004, 243 ss. e 435 ss., e in F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale*, Vol. 2, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2010, 277 ss. Sempre a cura di F. Galgano si veda la 5 ed. dell'*Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bolo-

del sistema tedesco; regola del “solo titolo”¹⁰⁹ dei sistemi francese ed italiano. Tali regole, com’è altrettanto noto, quando si riferiscono ai beni immobili sono completate da quelle relative ai Registri: “di mera opponibilità” nei sistemi italiano e francese¹¹⁰; “di piena protezione del terzo” nei sistemi spagnolo e tedesco¹¹¹. Nel primo caso, il Registro è anche detto di mera opponibilità degli effetti degli atti, o di inopponibilità dei diritti non trascritti di fronte al terzo: la trascrizione, o in termini meno connotati dal sistema nazionale, la registrazione o iscrizione nel Registro non offre una presunzione di esattezza assoluta, ma mette ordine, determina le priorità, procedendo da un titolo notarile che è garanzia dell’efficacia legale dell’atto. Il funzionario che produce il documento è responsabile della legalità e della validità dell’atto che autorizza¹¹². Nel secondo caso, fra i si-

gna, 2011, a 105 ss. Cfr. anche G. DONADIO, *Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà. Scenari attuali e prospettive future nelle ricerca di una possibile armonizzazione*, in *Nuova Giur. Civ.* 2012, 3, 151 ss.

¹⁰⁹ Il principio è quello consensualistico, per il quale basta il contratto, perché la *traditio* è solo possessoria. Cfr. artt. 711, 1138, 1583 *Code civil*; artt. 922 e 1376 Codice civile; sul principio consensualistico diffusamente v. R. SACCO e G. DE NOVA, *cit.* nota precedente, pp. 878 ss.

¹¹⁰ Il nostro sistema conosce la trascrizione, su base personale, (fatto salvo il sistema pubblicitario dei libri fondiari, a base reale, detto anche tavolare, di origine austriaca, ereditato dopo la prima guerra mondiale, che permane ad es., in Alto Adige, in Cadore con le Regole, ed in alcuni settori della Carnia). La trascrizione svolge una funzione dichiarativa e vale a dirimere il conflitto tra più acquirenti del medesimo bene immobile (regola di priorità della trascrizione, art. 2644: prevale chi trascrive per primo, quand’anche fosse secondo nel contrarre); essa determina la priorità dell’acquisto, però non determina la validità del titolo, che corrisponde all’intervento del notaio. Sulle varie funzioni della trascrizione nel nostro sistema v., fra gli altri, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare - La parte generale del diritto civile*, Vol. IV, in R. Sacco (a cura), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2012, o il saggio più risalente del medesimo autore, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 455 ss. Cfr. anche il *Trattato della trascrizione*, diretto da G. Gabrielli e F. Gazzoni, Utet, Torino, 2012, in quattro volumi volti ad approfondire il tema della trascrizione degli atti e delle sentenze, con ampio apparato bibliografico.

¹¹¹ Il sistema cd. “di piena protezione del terzo” garantisce all’acquirente non solo la priorità dell’acquisto, ma stabilisce anche la presunzione *de iure* che il titolo iscritto sia inattaccabile qualora il terzo effettui un acquisto “qualificato” (a titolo oneroso e in buona fede). Ciò determina un effetto negativo rispetto al *dominus* iscritto. Si aggiunga che nel sistema spagnolo, il quale conosce una registrazione su base reale (art. 243, *Ley Hipotecaria*: “finca [il pezzo di terreno] es el soporte físico o material del dominio y derechos reales inscritos”), vi è la presunzione legale che i registri immobiliari riproducano il reale assetto delle vicende traslative (art. 38, *Ley Hipotecaria*); tuttavia, a causa del mancato coordinamento fra Registro della Proprietà e Catasto (RDto 1/2004 de 5 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, una delle ultime modifiche apportate all’originaria Ley de 23 de marzo de 1906, que establece el Catastro Topográfico Parcelario), la pubblicità degli atti di trasferimento degli immobili non è effettiva. V. L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, R. M^a. ROCA SASTRE, J. BERNÀ I XIRGO, *Derecho Hipotecario vol. 3 - Derecho Hipotecario (Eficacia constitutiva Reg. Propiedad, publicidad formal, finca)*, Bosch, Barcellona, 2008.

¹¹² J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Civitas, Madrid, 1988, 348 e 352.

stemi di piena protezione del terzo, si distingue tra il Registro con valore dell'iscrizione meramente dichiarativa (detto sistema causalista, ossia quello spagnolo, in cui la *traditio* esige il requisito di un contratto redatto da notaio per essere iscrivibile, e con ciò chi registra entra nel merito del negozio causale) e il Registro con valore dell'iscrizione costitutiva del diritto iscritto (sistema di astrazione causale, quello tedesco, in cui la scrittura notarile è necessaria per iscrivere il titolo, § 873, dopo che il pubblico ufficiale ha indagato i profili di legalità della causa del trasferimento; l'accordo fra le parti non è sufficiente per generare la trasmissione, serve l'*Auflassung*, § 925, la dichiarazione formale di compratore e venditore da rendere dinanzi a notaio, che dà luogo ad un contratto reale astratto; sotto il profilo rimediale si riconduce ad un'azione personale di arricchimento in favore del titolare spogliato in virtù del trasferimento astratto della proprietà; è il notaio che controlla, sotto il profilo formale, la corrispondenza fra questi diversi elementi della transazione, tra il contratto e l'*Auflassung*¹¹³. Ai sensi della *Grundbuchordnung*, § 20, un controllo formale sarà infine operato anche dal Giudice del Registro, il quale però non entrerà nel merito della validità del titolo, del contenuto dell'accordo, capacità, etc.¹¹⁴).

5.3. Catasto

Un fattore addizionale di diversità ed incertezza è dato dal fatto che in taluni Stati Membri manca un Catasto¹¹⁵, mentre in molti Stati Membri i Registri immobiliari sono *di fatto la stessa cosa* del Catasto¹¹⁶: è così, secondo gli studi commissionati da Bruxelles, in Belgio, Paesi Bassi, Francia, Italia, Grecia, Lituania, Lettonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Ci-

¹¹³ § 925a BGB. V. BRANCÓS NÚÑEZ, *cit.*, 4. Secondo altro autore, il ruolo del notaio tedesco nella contrattazione immobiliare non va sopravvalutato: v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Torino, 2009, 37 ss.; *contra*, in ragione di un controllo pregnante, v. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990, 105 ss.

¹¹⁴ Sul punto fra gli altri v. A. GAMBARO nel volume *Proprietà e possesso*, vol. 1, *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, Giuffrè, Milano, 2008, 93 ss.

¹¹⁵ Nei sistemi di *common law* europei non è stata elaborata una cartografia, né mappe topografiche che registrino i dati fisici effettivi dei fondi, o i loro confini. In Inghilterra e Galles non c'è una base cartografica di appoggio al *Land Registry*; una situazione simile si riscontra in Irlanda e Malta.

¹¹⁶ La Coordinatrice delle Relazioni Internazionali presso la Direzione Generale del Catasto spagnolo, A. VELASCO MARTÍN-VARÉS, *El Notario del Siglo XXI*, n. 39, settembre-ottobre 2011, 54, afferma che venticinque dei ventotto Stati europei dispongono di un Catasto. Solo il Regno Unito, Irlanda e Malta non hanno una cartografia catastale, con la quale vengono delimitate ed individuate le particelle fondiari e i fabbricati, in base ai titoli di proprietà o altri diritti, e non dispongono nemmeno di una base grafica d'appoggio al *Land Registry*.

pro, Bulgaria, Romania, Svezia e Finlandia)¹¹⁷. In altri Stati, stanno lavorando per creare una base giuridica unica per i registri immobiliari e il Catasto (Germania e Polonia). Infine, in Spagna non ci sono due concetti per rappresentare le vicende giuridiche relative agli immobili, bensì tre: la cd. *finca material*, la *finca catastral* e la “*finca registral* o *hipotecaria*”¹¹⁸. Quest’ultima descrive letteralmente, con parole (e non con mappe come fa il cd. *Catastro*) il bene rappresentato graficamente al Catasto.

In generale il problema nasce, dunque, dalla coordinazione tra Registri e Catasti, che probabilmente sarà possibile in futuro grazie ad applicativi informatici standardizzati¹¹⁹.

Ad ogni buon conto, nei sistemi a notariato latino, il centro di gravità delle vicende traslative dei beni immobili è la scrittura notarile (altresì nota come atto o “documento pubblico”), che ne garantisce un alto livello di sicurezza.

5.4. Possibilità di equivalenza funzionale?

Alla luce di tali premesse, ci si chiede, in prospettiva di “svolte coraggiose”, se sia lecito ammettere la possibilità che il *deed*, atto formale necessario per trasferire la proprietà immobiliare in *common law* (par. 5.1), sia equivalente alla scrittura pubblica redatta dal notaio.

A tal fine, per calarci in una dimensione molto concreta, prendiamo in esame i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà immobi-

¹¹⁷ Velasco MARTIN-VARES, *cit.* nota precedente. Sul funzionamento concreto del catasto italiano si veda G. LASERRA, *Il catasto. La disciplina comune, la funzione inventariale, la funzione tributaria*, Maggioli Editore, 2011. Il Catasto, che raccoglie i dati cartografici a scopi fiscali, va tenuto distinto dalla Conservatoria, cui è demandata la corretta e regolare gestione della pubblicità immobiliare. Presso la Conservatoria, si registrano i passaggi di proprietà; al fine di verificare la proprietà dell’immobile si può chiedere una visura ipotecaria. La responsabilità dei conservatori dei Registri immobiliari emerge dagli artt. 2673 ss. del codice civile (ad es. quando il conservatore trascrive in base ad un documento recante sottoscrizione non autenticata, cioè priva dei requisiti di cui all’art. 2657 CC.). La responsabilità dei conservatori dei registri immobiliari è normata nella Legge 10 gennaio 1983, n. 22, la quale ha inserito anche talune disposizioni per l’attuazione e transitorie nel CC, come l’art. 232 *bis*, che rinvia alle norme relative agli impiegati civili dello Stato. Pertanto, ai sensi del DPR 10 gennaio 1957, n. 3, artt. 22-23, in combinato disposto con la L. 10 gennaio 1983, n. 22, art. 6, i conservatori sono responsabili in concorso col Ministero dell’economia e delle finanze per dolo e colpa grave. Per approfondimenti, v. G. PETRELLI, *L’autenticità del titolo della trascrizione nell’evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 586 ss.; in precedenza v. G. GABRIELLI, *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, I, 165 ss. Per una sintesi degli orientamenti dottrinali sul punto v. A. ZACCARIA, S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2008.

¹¹⁸ V. nota 111.

¹¹⁹ BRANCÓS NÚÑEZ, *cit.*, 11.

liare alla luce del diritto internazionale privato¹²⁰. La forma di questi contratti può essere retta dalla legge del luogo della stipulazione del contratto oppure dalla legge del luogo in cui è localizzato il bene immobile. Il principio *locus regit actum* ci conduce alla conclusione che il *solicitor*, avvocato e procuratore di parte, utilizzerà il *deed* che è l'unico documento valido in *common law* per trasmettere la proprietà immobiliare. Il *solicitor* di fatto non conferisce "autenticità" al documento, ma semplicemente certifica l'originalità delle firme delle parti. Il diverso principio della *lex rei sitae* ci conduce, invece, alla conclusione opposta: nei casi in cui questo principio esiga il documento pubblico della tradizione continentale per trasmettere i beni immobili, allora il *solicitor* non potrà agire come pubblico ufficiale che svolge una pubblica funzione. Mancherà, pertanto, la forma equivalente alla documentazione pubblica. La dottrina ha suggerito così che il notaio del luogo in cui è situato l'immobile partecipi alla redazione della scrittura. Questo intervento del notaio interno, quando si tratti di trasmettere beni immobili radicati nel suo paese, serve per assicurare che i titoli iscrivibili o registrabili siano della "qualità richiesta" dal sistema di registrazione o iscrizione nazionale. È la cd. "forma di controllo"¹²¹. Questa forma di controllo interno¹²², *ex ante*, dell'adempimento delle procedure e delle norme

¹²⁰ *Ibidem*, p. 17. Secondo altro autore, la questione non ha nulla a che vedere con la legge applicabile alla forma degli atti. La questione, effettivamente, si pone una volta che sia stata determinata la legge materiale applicabile alla questione da cui origina la contesa, e alla forma dell'atto giuridico in questione. Pertanto, "si tratta di una questione giuridica materiale e non di conflitto di leggi": G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2 ed. Aumentata, Giuffrè, Milano, 1950.

¹²¹ BRANCÓS NÚÑEZ, *cit.*, 17.

¹²² La dottrina del *Tribunal Supremo* sembra andare in questa direzione. Il 19 giugno 2012 detta corte ha interpretato l'art. 1464 (2) CC sp. (in combinato disposto con il comma (1) dello stesso art. 1462, che fa espresso riferimento alla "scrittura pubblica" trattando della consegna al compratore dei "titoli pertinenti") affermando che la norma non esige si tratti di una scrittura pubblica "spagnola".

Il sistema apre, dunque, all'iscrizione dei documenti pubblici stranieri. Il caso all'origine della controversia riguardava un notaio tedesco che aveva redatto l'atto di compravendita di una nuda proprietà alle Canarie. Il funzionario del Registro di Puerto de la Cruz a Tenerife aveva negato l'iscrizione dell'atto di compravendita nel Registro della Proprietà, argomentando che mancava di "*plena fuerza*", aggiungendo che i sistemi di trasferimento della proprietà, tedesco e spagnolo, sono molto diversi e che l'accordo astratto che trasmette la proprietà deve essere documentato da un notaio tedesco, ma che quest'ultimo documento non è idoneo ad essere iscritto nei registri spagnoli. La Risoluzione della DGRN (*Dirección General de los Registros y del Notariado*) del 7 febbraio del 2005 confermava la tesi del funzionario del Registro. I giudici di merito, invece, compreso il *Tribunal Supremo* con la sentenza in oggetto hanno usato il principio dell'equivalenza funzionale dei documenti pubblici, a condizione che venga svolto un controllo sull'equivalenza rispetto alla forma e al contenuto del documento *de quo*. Cfr. P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán*, *Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012*, *Diario La Ley*, N°

nazionali può garantire un livello di protezione elevato delle libertà di circolazione dei beni del cittadino e delle imprese. Sarà il notaio, sotto la propria responsabilità, che deciderà se negare o procedere con la stipulazione dell'atto, seguendo il principio della “equivalenza di funzioni”¹²³.

Senza forme di controllo sui “documenti pubblici” a cura di determinate autorità pubbliche non avrebbe molto senso aprire i sistemi continentali al *deed*, in applicazione del principio di reciproca fiducia e cooperazione. La cooperazione fra autorità avviene nel quadro dello svolgimento della funzione pubblica: l'intervento del notaio latino, annoverato tra queste autorità, è indispensabile affinché il documento pubblico possa avere la stessa efficacia, probatoria ed esecutiva, che si attribuisce nello Stato di creazione del documento in uno Stato Membro distinto.

Sono gli stessi notai europei ad aver creato, dal 2012, *EUFides* (*Facilitating Cross-Border Real Estate Transactions in Europe*)¹²⁴, per permettere ai cittadini europei di acquistare, con maggiore facilità, un immobile in un altro Stato Membro. Si tratta di un sistema in qualche misura alternativo e concorrente rispetto alla Proposta di Regolamento in esame sulla circolazione dei documenti pubblici, che ha lo scopo di favorire in particolare le transazioni immobiliari transfrontaliere che necessitano di una (o due, a seconda del sistema considerato) scritture notarili (documenti pubblici). *EUFides* è una rete che funziona per via elettronica, che semplifica i contatti fra notai, ma che si rivela piuttosto “costosa”, dato che prevede una formalizzazione simultanea, per mezzo di una stretta collaborazione tra notai, ed “incerta”, dato che rimane aperta la questione di quale sia il notaio eventualmente responsabile.

In conclusione, che sia attraverso *EUFides* per le scritture notarili, o per mezzo del futuro Regolamento sulla circolazione di taluni documenti pubblici, si auspica che il diritto europeo garantisca, con pienezza di efficacia, tutte le libertà fondamentali di circolazione (di merci, persone, servizi e capitali) previste dai Trattati europei, come del resto affermano i notai europei riuniti nel CNUE. La creazione di un'importante convergenza sugli obiettivi da perseguire non potrà che incoraggiare le istituzioni e gli attori giuridici nazionali a procedere nell'integrazione europea.

7/40, Sección Doctrina, 9 Oct. 2012, 16837/2012. Per un commento alla sentenza v. anche R. Arenas García, *Acceso de documentos públicos extranjeros al Registro de la Propiedad español*, in M. Font i Mas, *cit.* nota 1, 359-384.

¹²³ Contraria al riconoscimento dell'equivalenza di funzioni pare la Corte Costituzionale tedesca, espressasi sul § 925 BGB, indicando quale unico legittimato alla formalizzazione dell'*Auflassung* il notaio tedesco, in conformità con il principio dell'autonomia organizzativa dello Stato (citando anche l'art. 4 TFUE). V. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario a la Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 19 de junio de 2012*, *cit.* nota 39.

¹²⁴ Cfr. <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=8033>. Cfr. J. RODRÍGUEZ CALVO, *Las transacciones inmobiliarias en España realizadas por extranjeros*, in M. Font i Mas *cit.* nota 1, 385-398, a 395.